TITOLI ORIGINALI

H. KELSEN, *Demokratie*, in *Schriften der Deutschen Gesellschaft für Soziologie*, I. Serie, V. Band, *Verhandlungen des Fünften Deutschen Soziologentages vom 26. bis 29. September 1926 in Wien*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1927, 37-68.

ID., *Staatsform und Weltanschauung*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1933.

ID., *Demokratisierung der Verwaltung*, in *Zeitschrift für Verwaltung*, LIV (1921), Heft I., 5-15.

ID., *Die Lehre von der drei Gewalten oder Funktionen des Staates*, in *Archiv für Rechts-und Wirtschaftsphilosophie*, XVII (1923-1924), 374-408.

ID., *Justiz und Verwaltung*, in *Zeitschrift für soziales Recht*, I (1929), 1-25.

ID., *Zur Theorie der Interpretation*, in *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*, VIII (1934), 9-17.

ID., *Das Problem des Parlamentarismus* (*Soziologie und Sozialphilosophie. Schriften der Soziologischen Gesellschaft Wien*, Heft III), W. Braumüller, Wien u. Leipzig, 1925.

F. TÖNNIES, *Demokratie*, in *Schriften der Deutschen Gesellscaft für Soziologie*. I. Serie, V. Band, *Verhandlungen des Fünften Deutschen Soziologentages vom 26. bis 29. September 1929 in Wien*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1927, 12-36.

Traduzione di Carmelo GERACI

(1)

Hans Kelsen

Il primato del parlamento

a cura di
CARMELO GERACI

Presentazione di PAOLO PETTA

Rf F.D.
39.247

UNIVERSIDAD
AUTONOMA DE
MADRID
FC. DE DERECHO
BIBLIOTECA

MVLTA
PAVCIS
AG

GIUFFRÈ EDITORE
MILANO - 1982

TUTTE LE COPIE DEVONO CONTRASSEGNO RECARE IL DELLA S.I.A.E.

TUTTI I DIRITTI SONO RISERVATI

(1982) Tipografia MORI & C. S.p.A. - 21100 VARESE - VIA F. GUICCIARDINI 66

Alla cara memoria di mio padre

c. g.

PRESENTAZIONE

Troppo spesso si ripete che il pensiero di Hans Kelsen è una architettura rigorosa, ma astratta e scissa dalla realtà pulsante del mondo culturale e politico; o peggio, che il suo unico punto di riferimento sarebbe il diritto positivo. In un certo senso, si dà così un credito eccessivo ad una immagine di sé che lo stesso Kelsen amò diffondere, ma che non risponde affatto alla realtà.

Negli anni '20, non dimentichiamolo, il kelsenismo fu attaccato acerbamente, da destra e da sinistra, con una virulenza che oggi riesce perfino incomprensibile. La teoria pura fu considerata una « assolutizzazione di principi liberali » (ed in questo c'è del vero) (1)*; e si volle aggiungere che questa concezione era « non-tedesca »* (2)*, per non dire se-*

---

(1) Così Leibholz, *La formazione dei concetti nel diritto pubblico*, in *Riv. int. filos. dir.*, 1931, 271; analogamente Heller, *Die Krisis der Staatslehre*, in *Archiv für Sozialwiss. und Sozialpolitik*, 1926, 289 s.

(2) Von Hippel, in *Juristische Wochenschrift*, 1931, 1175 (la nota di Hippel, formalmente una recensione a Jockel, *Hans Kelsens rechtstheoretische Methode*, Tübingen, 1930, costituisce una replica assai aspra al libro di Kelsen, *Der Staat als Integration*, Wien, 1930, in cui il giurista austriaco aveva polemizzato con Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, Berlin, 1928. L'intera vicenda (non molto nota in Italia) costituisce un altro, e significativo episodio della polemica che Kelsen, all'inizio degli anni '30, credette di dover condurre contro quei tentativi di « rinnovamento » del metodo giuridico (Smend, sotto questo profilo, si affianca in qualche modo a Schmitt, per quanto su posizioni diverse) che venivano da giuristi impegnati nella polemica antiliberale e antidemocratica di quegli anni.

mitica (3), *ed apriva la strada al bolscevismo* (4), *mentre i teorici sovietici vedevano in Kelsen il portavoce dello Stato imperialista e del capitale finanziario* (5). *È perfettamente comprensibile, che di fronte a questo tipo di polemiche Kelsen preferisse replicare che proprio la presenza di critiche di segno opposto costituiva « già una certa prova dell'obiettività » della teoria pura, e quindi propriamente della sua « purezza »* (6). *E nello stesso ordine di idee si sono collocati più o meno tutti i difensori di Kelsen, anche quando, nel secondo dopoguerra, la ripresa giusnaturalistica del mondo giuridico tedesco (ma non solo tedesco) portò nuovamente la teoria pura sul banco degli accusati, in quanto — si disse — giustificazionista nei confronti di qualsiasi ordine giuridico e politico esistente* (7).

La rozzezza di certe critiche non deve però farci ignorare quanto vi era, in esse, di fondato. Tra la teoria pura e il liberalismo di Kelsen esiste, certamente, più di un ponte, ed è impresa legittima il segnalare questo nesso.

---

(3) MAGGIORE, *Quel che resta del kelsenismo*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, I, Padova, 1940, 62.

(4) KOELLREUTER, *Der Sinn der Reichstagswahlen von 14.IX.1930 und die Aufgaben der deutschen Staatslehre*, Tübingen, 1930, 14.

(5) PASUKANIS, *La teoria generale del diritto e il marxismo*, trad. it., Bari, 1975, 140 e *passim* (su cui KELSEN, *La teoria generale del diritto e il materialismo storico*, trad. it., Roma, 1979).

(6) KELSEN, *La teoria generale del diritto e il materialismo storico*, cit., 58: ma le citazioni potrebbero moltiplicarsi. Significativo, e molto noto, è a questo proposito lo scritto apologetico di METALL, *Die politische Befangenheit der Reinen Rechtslehre*, in *Internat. Zeitschrift für die Th. des Rechts*, 10 (1936), 163 ss.

(7) Sono queste le critiche contro cui ha avuto facile giuoco BOBBIO, *La teoria pura del diritto e i suoi critici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, 355 s.: fra le loro espressioni più sofisticate, si veda il saggio della STERLING, *Studie über Hans Kelsen und Carl Schmitt*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1961, 569 s.

Lo stesso Kelsen, d'altra parte, non tenne sempre rigorosamente separate le sue teorie giuridiche e le sue teorie politiche, se è vero, come è vero, che sin dalla prima edizione della Allgemeine Staatslehre *esse si susseguono e si accavallano dall'uno all'altro capitolo dello stesso libro.*

Quello che è certo, comunque, è che Kelsen non seguì da spettatore neutrale le vicende del periodo tra le due guerre. Poco importa, a questo proposito, che non abbia avuto la tessera del partito socialista: la sua non generica simpatia per questo partito, e la sua effettiva collaborazione con esso, sono ampiamente documentate, per quanto sia nota la sua radicale polemica nei confronti del pensiero marxista, nella sua variante austriaca non meno che nella variante sovietica. A queste sue simpatie politiche, del resto, più che alla sua origine ebraica, Kelsen dovette le persecuzioni politiche che ebbe a subire sia in Austria che in Germania, e che lo costrinsero alfine all'emigrazione (8).

In ogni caso, la concezione politica di Kelsen era quella di un liberale di sinistra, convinto della necessità di un intervento statale nell'economia, ma anche della assenza di alternative alla democrazia parlamentare. Questo punto assume particolare importanza, se si pensa che nell'Europa dell'immediato dopoguerra, e in Austria più che altrove, era all'ordine del giorno la questione della democrazia consiliare. Della superiorità di tale forma di democrazia, questo è certo, Kelsen non volle convincersi nemmeno per un istante (9). *D'altra parte, il clima politico nella*

---

(8) Sulla biografia politica e privata di Kelsen, cfr. METALL, *Hans Kelsen. Leben und Werk*, Wien, 1969.

(9) La democrazia consiliare trovò in Austria un teorico (non privo di riflessioni problematiche) in Max ADLER, *Democrazia e consigli operai* (1919), trad. it., Bari, 1970; l'opinione di Kelsen è esposta principalmente in: *Socialismo e Stato* (1923), trad. it., Bari, 1978 (con introduzione di RACINARO, *Hans Kelsen e il dibattito su*

Vienna del 1918 era tale, che solo il partito socialista poteva apparire il possibile sostegno di uno Stato democratico: basti ricordare che sia il partito cristiano-sociale, sia il variegato «campo» liberale, facevano (eccezion fatta per alcune esigue correnti liberali, di cui era portavoce l'autorevole quotidiano viennese Neue Freie Presse*) aperta professione di antisemitismo. Di fronte al clericalismo contadino dei cristiano-sociali, e al becero nazionalismo pangermanista dei gruppi «liberali», solo i socialisti offrivano un'immagine rassicurante per un intellettuale ebreo, fervente patriota tedesco, questo sì (come i socialisti stessi, del resto)* ([10]), *ma preoccupato di salvaguardare il patrimonio di una cultura laica e cosmopolita, che accettava il marxismo come una sua componente legittima anche se non egemonica, quale si era sviluppata a Vienna negli ultimi decenni. L'uomo politico che meglio sembrava garantire la difesa di questo patrimonio culturale era appunto un socialista, fondamentalmente non marxista: il Cancelliere federale Karl Renner, che chiamò Kelsen a collaborare ai lavori per la nuova Costituzione.*

Sul contributo di Kelsen a questi lavori esiste ora una precisa documentazione. Se è vero che non ha alcun senso

---

democrazia e parlamentarismo negli anni Venti-Trenta), e su di essa cfr. ancora ADLER, *La concezione dello Stato nel marxismo* (1922), trad. it., Bari, 1979 (con introduzione di RACINARO, *Marxismo, Stato e cultura moderna in Max Adler*), particolarmente p. 142 s. (Adler, come è noto, polemizza contro una prima stesura, del 1920, del saggio kelseniano).

([10]) I socialisti erano allora, in Austria, ferventi fautori dell'*Anschluss* alla Germania di Weimar (che immaginavano socialista), in nome di una concezione perfettamente ottocentesca del principio di nazionalità. Sulla situazione austriaca in generale, fra le molte opere esistenti si può consultare quella di GOLDINGER, *Geschichte der Republik Österreich*, Wien, 1962, nonché (per il punto di vista socialista) il lucidissimo libro di Otto BAUER, *Die österreichische Revolution*, Wien, 1923.

attribuirgli il ruolo di codificatore di una concezione socialista dell'organizzazione dello Stato (concezione la cui stessa esistenza appare problematica) è anche vero che la sua azione rivela una notevole sensibilità politica, proprio nell'aderire ad una vicenda assai complessa di compromessi politici tra i maggiori partiti, e nel rifuggire da qualsiasi tentazione di velleitarie «ingegnerie costituzionali».

Kelsen scrisse la Costituzione parlamentare che i partiti gli richiedevano, e la scrisse in modo ammirevole. L'impronta della sua personalità è semmai riconoscibile nell'espansione, che caratterizza tutto l'ordinamento austriaco, del principio di legalità, sia nei rapporti tra Pubblica Amministrazione e legislazione ordinaria, sia nei rapporti tra legislazione ordinaria e legislazione costituzionale. La forte posizione dei due tribunali di diritto pubblico (la Corte di giustizia amministrativa e la Corte di giustizia costituzionale), se per certi versi si riallaccia ad una nobile tradizione giuridica austriaca del periodo monarchico, è nel suo complesso sostanzialmente il frutto del contributo kelseniano. Anche in questo, sembra che i partiti abbiano operato in piena sintonia con Kelsen e gli altri giuristi, che collaboravano ai lavori costituenti: ma vi è la traccia di una loro precisa determinazione nell'evitare che la Corte costituzionale potesse divenire un centro autonomo di potere politico, escludendo a priori *la possibilità di una instaurazione diretta, da parte della stessa Corte, di un giudizio di costituzionalità delle leggi* ([11]).

([11]) Che Kelsen traducesse nei suoi progetti le concezioni della socialdemocrazia, è arbitrariamente affermato, tra gli altri, da C.J. Friedrich, *Governo costituzionale e democrazia*, Vicenza, s.d., 633; che nei vari progetti da lui redatti si riflettessero differenti ipotesi politiche era invece affermato da Eisenmann, *Dix ans d'histoire constitutionnelle autrichienne*, in *Revue de droit public*, 1928, 70. Questa affermazione va parzialmente riveduta in seguito al ritrovamento, verificatosi solo di recente, dei testi in questione:

Per il resto, l'azione di Kelsen in questo periodo appare caratterizzata soprattutto dalla preoccupazione di salvaguardare, nel radicale mutamento dell'assetto costituzionale austriaco, un minimo di continuità delle istituzioni. Significativo a questo proposito è il suo intervento (incluso nella presente raccolta) sulla democrazia nell'amministrazione, tema allora dibattuto quant'altri mai.

Sotto tale titolo, infatti, andava allora la discussione sulla richiesta, avanzata da più parti (ed ancor oggi viva in alcuni settori politici) di attribuire ad un organo elettivo la direzione dell'amministrazione distrettuale, spodestando il Bezirkshauptmann *(capitano distrettuale, o, se si preferisce, capo-distretto) che aveva da sempre costituito il pilastro dello Stato austriaco, paragonabile (non fosse per la minore estensione media della rispettiva circoscrizione) al Prefetto francese od italiano. Senza prendere aperta posizione contro le proposte di riforma (caldeggiate soprattutto dal partito socialista) Kelsen porta tutti gli ar-*

---

le varianti riguardano, principalmente, la maggiore o minore omogeneità di certi istituti con quelli previsti nella Costituzione di Weimar (e questo, evidentemente, in vista di un possibile *Anschluss*, che allora era auspicato dalla grande maggioranza dell'opinione pubblica): cfr. SCHMITZ, *Die Vorentwürfe von Hans Kelsen für die österreichisce Bundsverfassung*, in *Öst. JZ*, 1979, 85 s. I lavori preparatori della Costituzione austriaca sono stati raccolti da ERMACORA, *Quellen zum österr. Verfassungsrecht*, Wien, 1967. Su Kelsen costituente, cfr. anche i contributi di ERMACORA, *Österreichische Bundesverfassung und Hans Kelsen*, in *Festschrift für Hans Kelsen zum 90 Geburtstag*, Wien, 1971, 22 ss.; MERKL, *Hans Kelsen als Verfassungspolitiker*, in *Jur. Bl.*, 1931, 285 s.; ANTONIOLLI, *Hans Kelsen Einfluss auf die österr. Verfassungsgerichtsbarkeit*, in *Law, State, International Legal Order*, Knoxville, 1964, 21 s.; il volumetto: *Hans Kelsen zum Gedenken*, Wien, 1974, che contiene tra l'altro un interessante dibattito radiofonico con la partecipazione di Leser, Topitsch, Verdross, Walter e altri; nonchè KOJA, *Il concetto di costituzione di Hans Kelsen e lo sviluppo del diritto costituzionale austriaco*, in *Diritto e società*, 1981, 97 s.

gomenti necessari per indurre a respingerle, e particolarmente quello — intimamente legato, come si dirà meglio più avanti, alla sua concezione teorica — dell'immanente contrasto tra democratizzazione dell'esecuzione e primato del Parlamento ([12]).

Dopo il periodo costituente, Kelsen, «relatore permanente» della Corte di giustizia costituzionale, tiene rapporti meno stretti col mondo politico. Sappiamo tuttavia di una sua consuetudine di rapporti non solo con il già citato Renner, ma anche col dottrinario dell'austromarxismo, Otto Bauer, e con altri esponenti socialisti; e sappiamo soprattutto che, nella fase critica della democrazia austriaca che precedette la revisione costituzionale del 1929, proprio la giurisprudenza della Corte costituzionale e proprio, nel quadro complessivo di questa giurisprudenza, una serie di sentenze ispirate da Kelsen, suscitarono le ire dei fautori della revisione. Non a caso, una delle norme più sorprendenti della novella costituzionale era intesa a consentire il «rimpasto» della Corte: e fu questo il motivo per cui Kelsen, indignato, abbandonò il suo Paese ([13]).

Dall'Austria Kelsen passò, in un primo momento, alla Germania, che viveva allora la crisi decisiva della democrazia weimariana. È di quegli anni uno degli scritti più significativi della polemica liberal-democratica di Kelsen, quello — in polemica con Schmitt — sul «custode della costituzione». Forse in nessuno scritto kelseniano la polemica dottrinaria si unisce in modo così esplicito alla passione politica, e la critica corrosiva delle altrui posizioni

---

([12]) Sulla questione delle «democratizzazione dell'amministrazione» intervenne, all'epoca, anche MERKL, *Demokratie und Verwaltung*, Wien-Leipzig, 1923 (anch'egli diffidente verso i progetti di riforma). La questione, dopo sessant'anni, non cessa di venire periodicamente riaperta: cfr. MIESHLER, *Demokratisierung der Bezirksverwaltung in Oesterreich*, in *Festschrift für Hans Kelsen*, cit., 141 s.

([13]) Sulla questione cfr. METALL, *op. cit.*, 47 s.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID FC. DE DERECHO BIBLIOTECA

in tema di teoria costituzionale si spinge così a fondo, in direzione della radicale demistificazione delle stesse categorie tradizionali (a cominciare da quella, veneranda, di «potere neutro») intese come giustificazione di insidiose manovre di carattere politico ([14]). *V'è però da dire che, se Kelsen ha buon gioco nella polemica immediata con Carl Schmitt (uno Schmitt opportunisticamente regredito dalla critica radicale del parlamentarismo, in nome della «democrazia plebiscitaria», all'apologia dei malsicuri governi «presidenziali» dei Brüning e dei von Papen), egli si mostra drammaticamente cieco e sordo di fronte alle radici profonde della crisi della democrazia germanica.*

In Austria, la democrazia parlamentare era stata messa in crisi dalla difficoltà di trovare un minimo comun denominatore tra i due partiti di massa, il cristiano-sociale e il socialista. La società austriaca, dal 1918 al 1929 (anno dell'esilio di Kelsen) era apparsa organizzata quasi per intero (salvo l'ormai esiguo «campo» liberal-nazionale, ed altre frange trascurabili di destra e di sinistra) in questi due partiti: l'equilibrio del sistema politico e costituzionale poggiava interamente sui rapporti tra di loro. Gli scritti kelseniani sulla democrazia, non a caso, insistono continuamente sulla funzione insostituibile dei partiti politici, e — riprendendo d'altra parte un tema ben noto anche agli scrittori di lingua inglese — sulla necessità di una moderazione dei loro reciproci contrasti, sull'esigenza di mantenere l'azione del partito di governo entro limiti che risultino accettabili anche per il partito all'opposizione.

Del tutto diverse erano (e Kelsen non seppe, si direbbe, rendersene conto) le radici della crisi della demo-

---

([14]) Una traduzione del saggio di Kelsen è compresa nel volume: KELSEN, *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, 229 s. Su questa polemica sia concesso il rinvio a PETTA, *Schmitt, Kelsen e il «custode della Costituzione»*, in *Storia e politica*, 1977, 505 s.

crazia di Weimar. Qui, i contrasti sociali seguiti alla crisi del 1929 travolsero infatti i partiti in quanto tali, la loro capacità di mediazione e di sintesi politica, la legittimità del loro porsi come rappresentanti della nazione. L'ascesa del nazionalsocialismo non fu, in definitiva, l'ascesa di un qualsiasi partito estremista, ma quella di un movimento che toglieva spazio e significato a tutti i partiti, in quanto tali. Di questo profondo travaglio Kelsen ebbe una coscienza confusa: e certo il suo spirito razionalistico ed equilibrato deve avere avuto orrore dei rigurgiti irrazionalistici che emergevano dalle viscere di quella società tedesca, che era parsa indicare all'Europa — pochi decenni addietro — la via dell'ordine, dell'organizzazione e della scienza. In un opuscolo del 1933, riportato in questa raccolta (« Staatsform und Weltanschauung »*) Kelsen riprende la tesi tante volte esposta, del necessario nesso tra relativismo ideologico e democrazia, ma conclude con un esempio che lascia sconcertati per la profonda, commossa amarezza che rivela. L'esempio è quello del processo di Gesù, e della richiesta popolare che non Gesù fosse liberato, ma Barabba: episodio che Kelsen presenta come un caso di « plebiscito »* (Volksabstimmung), *cercato da Pilato per « tutelare le forme democratiche ». Questa votazione popolare, conclude Kelsen (ed è trasparente l'allusione alla vicenda della Germania, in quel momento), « è senza dubbio un argomento poderoso contro la democrazia ». Senonché, per farlo valere bisogna essere certi della propria verità, « come lo era il figlio di Dio »: e Kelsen, che, nel suo relativismo, non ha né vuole avere una simile certezza, confessa insieme il suo sgomento per l'irrazionalità delle masse e la sua impotenza a contrastarla.*

Questo, così sommariamente ripercorso, fu l'itinerario ideale e politico di Hans Kelsen in quel quindicennio 1918-1933, uno dei più drammatici — e per certi versi eroici — della storia del vecchio continente. Da quelle vicende il Kelsen più tardo sembra aver preso le distanze: e questo

ci sembra confermare non il suo preteso disinteresse per la politica, ma semmai l'amarezza della sconfitta.

A quella presa di distanze si accompagna, come è noto, un mutamento di orizzonti giuridici. Emigrato in America, Kelsen — che ha superato ormai la cinquantina — abbandona il diritto costituzionale, e si dedica unicamente al diritto internazionale, alla teoria generale, alla filosofia politica (per tacere dei suoi «sconfinamenti» nell'etnologia). Diventa così difficile il riconoscere il nesso che collegava gli scritti sulla democrazia parlamentare a quelli sulla teoria pura del diritto: nesso che noi crediamo di riconoscere appunto in alcuni aspetti della riflessione kelseniana su temi tradizionali del dibattito costituzionale, di cui in questa raccolta si offrono alcuni saggi.

In Italia, infatti, il Kelsen della «teoria pura» fu conosciuto assai per tempo: anche se va detto che fu amato dai cultori del diritto positivo proprio in base a quell'equivoco, per cui fu viceversa combattuto dai filosofi del diritto, che vedevano in lui principalmente il teorico del diritto positivo, l'«esecutore testamentario di Laband» ([15]).

Altrettanto per tempo — grazie ad un periodico fascista eterodosso, i Nuovi studi *di Volpicelli — fu conosciuto il Kelsen teorico della democrazia parlamentare: conoscenza questa che ha continuato ad arricchirsi fino agli ultimi anni, o mesi, grazie alle numerose traduzioni di scritti di ogni genere, fra i quali (sorprendentemente ultimi) gli scritti polemici sulla teoria socialista dello Stato, e sulla concezione dello Stato in Freud.*

Kelsen medesimo tenne, all'occasione, a sottolineare che tra gli uni e gli altri suoi scritti non esisteva un ponte, un collegamento necessario. «Là dove mi sono espresso per la democrazia o per il pacifismo — ha scritto Kel-

---

([15]) La definizione è di LEIBHOLZ, *op. cit.*, 270.

sen ([16]) — *non ho mai spacciato questo giudizio di valore come risultato di una conoscenza scientifica obiettiva, ma apertamente e lealmente come conseguenza di un apprezzamento soggettivo di fondo che sta al di là di qualsiasi scienza*». *In verità, qualche ponte esiste.*

Questa proposizione, del resto, costituiva in certo senso un obbligo per chi, come Kelsen, amava contrapporre la «ideologia» altrui alla propria obiettiva, neutrale, anti-ideologica «scienza». Ma questa è appunto la questione che ci proponiamo di esaminare rapidamente.

La critica dell'ideologia è in un certo senso un luogo comune della cultura austro-tedesca del primo Novecento. La lezione di Marx ha lasciato tracce profonde, sia in positivo, in quanto lezione di metodo critico, sia in negativo, in quanto critica della falsa coscienza dello studioso di scienze sociali; ed in effetti, in tutti i maggiori pensatori di quel tempo le grandi teorie tradizionali sono sottoposte a critica, e relativizzate storicamente, mentre ci si interroga sulle condizioni in cui l'«ideologia» si forma, e sulla possibilità che essa sia superata dalla «scienza».

Un tema ricorrente, in questa prospettiva, è quello della ipostatizzazione delle relazioni sociali effettive in soggetti fittizi: tema che sviluppa la teoria marxiana della merce, e che trova riscontro nella critica kelseniana della personalità dello Stato.

Ernst Topitsch ha riconosciuto grande importanza alla critica kelseniana dell'ideologia; altri hanno preferito sottolinearne la scarsa consapevolezza epistemologica, salvo riconoscere il valore di alcuni specifici contributi ([17]). *È*

([16]) KELSEN, *Juristischer Formalismus und reine Rechtslehre*, in *Jur. Wochenschrift*, 1929, 1724.

([17]) Sulla questione della critica dell'ideologia nella cultura tedesca tra '800 e '900, mi sembra fondamentale l'analisi di LENK, *Marx e la sociologia della conoscenza*, trad. it., Bologna, 1975; sul contributo kelseniano, cfr. MAYER, *Das Ideologieproblem und die*

probabile che la seconda sia la valutazione più equilibrata: Kelsen perseguì costantemente l'obiettivo di demistificare, come «ideologiche», le categorie tradizionali, ed ottenne in questo senso dei successi indiscutibili, ma (nonostante lo sforzo che si avverte in Natura e società, *o nella monografia sul concetto di Stato) non sembra che sia giunto a dare una sistemazione teorica soddisfacente a questa sua polemica. È difficile dire, ad esempio, se l'ideologia sia per lui (come parrebbe dagli scritti ora citati) un vizio immanente al pensiero umano, o se sia connessa (e a quali condizioni) alla posizione sociale dell'ideologo, come parrebbe di capire negli scritti di critica del marxismo. E se è indubbio che Kelsen credeva alla possibilità di un pensiero non ideologico, dotato cioè di una validità scientifica obiettiva paragonabile a quella delle scienze naturali, è altresì vero che questo risultato gli sembra possibile, in definitiva, grazie semplicemente alle capacità e all'impegno individuale dello studioso.*

Certo è, comunque, che la critica ideologica di Kelsen appare ispirata da una indubbia passione politica, di segno antiautoritario (senza dare al vocabolo, ovviamente, significati che avrebbe preso mezzo secolo più tardi). Negli

---

reine Rechtslehre, in *Internat. Zeitschrift für Theorie des Rechts*, 1937, 22 s.; TADIĆ, *Kelsen et Marx. Contribution au problème de l'idéologie dans la "théorie pure du droit" et dans le marxisme*, in *Archives de philos. du droit*, 1967, 243 s.; TOPITSCH, *Kelsen als Ideologiekritiker*, in *Law, State, International Legal Order*, cit., 329 s., nonché, dello stesso, la *Einleitung* all'antologia di KELSEN, *Aufsätze zur Ideologiekritik*, Neuwied-Berlin, 1964; RÖMER, *Die Reine Rechtslehre Hans Kelsen als Ideologie und Ideologiekritik*, in *Polit. Vierteljahresschrift*, 1971, 579 s., FECHNER, *Ideologie und Rechtspositivismus. Ideologische Elemente in positivischen Rechtsanschauungen dargestellt an Hans Kelsens «Reiner Rechtslehre»*, in *Ideologie und Recht*, hrsg. MAIHOFER, Frankfurt, 1969; RICCOBONO, *Introduzione* a KELSEN, *La teoria generale del diritto e il materialismo storico*, trad. it., Roma, 1979.

Hauptprobleme *del 1910, che costituiscono sotto questo aspetto uno dei testi più significativi dell'intera opera di Kelsen, occupano un posto di rilievo la critica della teoria tradizionale del procedimento legislativo, e quella della concezione tradizionale (e ancora prevalente nella dottrina germanica) della legalità dell'azione amministrativa. Con la prima teoria (dimostra Kelsen, che in questo segue peraltro un altro costituzionalista austriaco, il Lukas) si intende dimostrare che solo il monarca detiene il vero potere legislativo, che esercita con la «sanzione»; con la seconda, si rivendica al potere esecutivo una indebita sfera di discrezionalità, grazie ad una inammissibile commistione (che Kelsen svela con implacabile lucidità) di concetti giuridici ed extragiuridici* ([18]).

Anche altre proposizioni ben note del pensiero kelseniano — la critica della distinzione tra diritto e Stato (e della concezione del diritto come autolimitazione dello Stato), la critica della distinzione tra diritto soggettivo e diritto oggettivo, la critica della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, sono rilevanti per la comprensione di quel che è la critica kelseniana dell'ideologia. Essa ha come bersaglio principale ogni teoria che porti a sminuire il peso del principio di legalità; ma colpisce anche (nel caso della teoria del diritto soggettivo) ogni residuo giusnaturalistico, che la teoria giuridica tradizionale avesse mutuato dal liberalismo ottocentesco.

Di questo liberalismo, peraltro, lo stesso pensiero kelseniano portava evidenti le tracce: basti pensare alla sua ben nota concezione della libertà e del principio di maggioranza, e quindi della democrazia, che appare così pro-

---

([18]) Per la teoria del procedimento legislativo, cfr. KELSEN, *Haupt probleme der Staatsrechtslehre*, 2ª ed., Tübingen, 1923, 412 (e cfr. LUKAS, *Die rechtliche Stellung des Parlaments in der Gesetzgebung Österreichs*, Graz, 1901); per il rapporto tra azione amministrativa e principio di legalità, *ibidem*, 491 s.

fondamente individualistica da sfiorare, come fu malevolmente rilevato, l'anarchismo ([19]). *Nulla di più istruttivo, a questo proposito, del paragone tra la relazione tenuta da Kelsen al 5° congresso dei sociologi tedeschi, nel 1926, e quella che allo stesso congresso tenne (e che abbiamo riportato in appendice al presente volume) Ferdinand Tönneis, tutta permeata di motivi russoviani, che del resto non sorprendono (se non forse nella forma: basti pensare al richiamo all'« eforato ») nel teorico della* Gemeinschaft.

Sarebbe comunque arduo ed arbitrario cercare di dimostrare che i brani kelseniani di critica dell'ideologia giuridica seguono un programma organico, e politicamente orientato. Kelsen, in realtà, segue un suo programma sistematico di ricerca, in cui sembrano a volte avere il primato considerazioni (come è stato detto) di estetica giuridica, di perfezione architettonica. I bersagli della sua polemica vengono dunque individuati caso per caso, e la polemica stessa rimane strumentale rispetto allo sviluppo dell'argomentazione giuridica che costituisce il vero oggetto del lavoro di Kelsen. Ma, come ebbe a riconoscere Schumpeter ([20]), *ogni ricerca scientifica, anche la più settoriale e scientificamente neutrale, ha come presupposto una « visione, o intuizione del ricercatore », in cui giocano valutazioni « prescientifiche », giudizi di valore: l'opera di Kelsen, così serrata nelle sue concatenazioni logiche ma al tempo stesso animata da una profonda vena liberaldemocratica, conferma la validità di questa osservazione.*

Tra gli scritti kelseniani sulla teoria pura e gli scritti teorici sulla democrazia esiste comunque anche un secondo,

---

([19]) Così HELLER, *Dit Souveranität*, Berlin, 1927, 22 (nonché MAGGIORE, *op. cit.*, 62); KLINGHOFFER, *Über mehrfache Auslegungsmöglichkeiten*, in *Internat. Zeitschrift für Theorie des Rechts*, 1939, 187 s.

([20]) SCHUMPETER, *Wissenschaft und Ideologie*, in *Hamburger Jaharbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftpolitik*, 1958, 11 s. (in inglese in *American Economic Review*, 1949, 345 s.).

e meno sottile ponte, di cui negli scritti qui raccolti si ha una immagine chiara. Troppo spesso si dimentica, infatti, che Kelsen fu prima di tutto un costituzionalista, che legò sempre la riflessione sulla teoria generale all'indagine su concreti problemi di organizzazione dello Stato; e che solo dopo l'emigrazione, in un Paese ordinato in base a princìpi giuridici tanto diversi, egli abbandonò questo ramo degli studi giuridici. Finché rimase in Austria, viceversa, sono molti i suoi scritti di carattere esplicitamente costituzionale; e, in ogni caso, proprio questi scritti sono di particolare interesse, perché ci mostrano come dalle proposizioni della « teoria pura » potesse essere influenzata la riflessione kelseniana sulla forma di governo parlamentare.

Si è già accennato allo scritto, molto significativo, sulla « democratizzazione dell'amministrazione »; e a quello (già compreso in un altro volume di questa stessa Collana) sul « custode della Costituzione ». Altrettanto significativi ci sembrano gli scritti (inclusi nella presente raccolta) sulla teoria dei tre poteri dello Stato, su « giurisdizione e amministrazione » e sulla teoria dell'interpretazione.

Si è accennato alla polemica kelseniana contro le concezioni tradizionali sulla libertà del potere amministrativo, inteso come potere « limitato » ma non realmente subordinato della legge. Di questa polemica, già presente negli Hauptprobleme, *si ha un esempio significativo nello scritto del 1924 sulla tripartizione dei poteri. Ma nel momento stesso in cui ribadisce la subordinazione del potere esecutivo alla legge, Kelsen sviluppa, con una discussa elaborazione teorica, la tesi di una relativa autonomia del potere giudiziario, ben lontana dalla tradizionale concezione del giudice come* « bouche de la loi ». *I cardini di questa concezione sono due: la teoria della formazione graduale del diritto, e la teoria dell'interpretazione giuridica.*

La Stufentheorie *è troppo nota, perché metta conto parlarne. Quel che preme sottolineare, è che essa costituisce il presupposto di un sostanziale parallelismo tra*

funzione esecutiva e funzione giurisdizionale, che vengono entrambe considerate come funzioni normative di grado inferiore a quella che viene comunemente indicata come «legislazione», benché sostanzialmente della stessa natura. La distinzione tra amministrazione e giurisdizione veniva dunque fondata esclusivamente sulla separazione organizzativa dei due «poteri», e sul loro diverso assetto, fondato nel primo caso sul principio gerarchico, nell'altro sulla indipendenza dei magistrati.

Il parallelismo di cui abbiamo parlato non sarebbe però stato completo senza una radicale riaffermazione del potere «discrezionale» dei giudici, tale da porli in qualche modo sullo stesso piano delle autorità amministrative. Questo è reso possibile dalla peculiare, e controversa, concezione kelseniana dell'interpretazione.

Sulla validità di questa concezione, non è questa la sede per soffermarsi: diremo solamente che, se essa lascia perplessi dal punto di vista teorico, con la sua troppo schematica contrapposizione di «ragione» e «volontà», essa appare estremamente suggestiva dal punto di vista più propriamente costituzionale (21).

Anche in questo caso, dunque, dobbiamo constatare che l'approccio di Kelsen ai più astratti problemi teorici è l'approccio di un costituzionalista. Dire (come egli fa)

---

(21) Sulla problematica dell'interpretazione nella «teoria pura» cfr. MERKL, *Zum Interpretationsproblem*, in *Grünhuts Zeitschrift für das Privatrecht und öffentl. Recht des Gegenwart*, 1916, 535 s.; SCHREIBER, *Die Interpretation der Gesetze und Rechtsgeschäfte*, Leipzig-Wien, 1927. Per la critica delle tesi kelseniane, cfr. GAVAZZI, *L'interpretazione giuridica di Hans Kelsen*, in *Riv. int. filos. dir.*, 1957, 217 s.; LOSANO, *Il problema dell'interpretazione nella dottrina pura del diritto*, in *Riv. int. filos. dir.*, 1968, 524 (ora in *Forma e realtà in Kelsen*, Milano, 1981, 92 s.); PARESCE, voce *Interpretazione*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 194 s.; nonché BETTI, *Interpretazione delle leggi e degli atti giuridici*, 2ª ed., Milano, 1971, 110 s., 152 s. e *passim*.

che la scelta fra varie interpretazioni possibili è una scelta discrezionale, e quindi politica; che non esistono interpretazioni « giuste » e « sbagliate », ma solo diverse possibilità che si offrono alla libera scelta dell'interprete; tutto ciò pecca, probabilmente, per un eccesso di semplificazione, ed offre il fianco a critiche dal punto di vista della teoria dell'esperienza giuridica. Contrapporre rigidamente conoscenza e volontà, è probabilmente criticabile anche dal punto di vista della psicologia. Questa concezione kelseniana si presta però in modo mirabile a chiarire quale sia il ruolo politico del giudice, quale sia il fondamento costituzionale dei fenomeni, ricorrenti sia nel mondo giuridico anglosassone che in quello europeo-continentale, di « governo dei giudici ».

È stato già osservato che la teoria kelseniana dell'interpretazione presenta una sostanziale convergenza con la teoria dell'interpretazione che era stata propria della scuola del diritto libero (22). *L'abissale distanza tra le due concezioni teoriche e la differente formulazione di concetti-chiave come quello stesso di « norma giuridica », non devono portare a ritenere casuale questa convergenza. La teoria del diritto libero era, dopotutto, una teoria largamente diffusa nel mondo giuridico austriaco, e Kelsen conosceva bene l'opera di Ehrlich (che del resto criticò in modo impietoso)* (23). *Ancora più interessante è ricordare che nelle opere di Ehrlich e degli altri teorici del « diritto libero » esistono numerosi riferimenti ad una esperienza costituzionale di « governo dei giudici », che a torto si riterrebbe ignota allo stesso Kelsen: intendiamo parlare dell'esperienza americana.*

---

(22) Così p. es. GAVAZZI, *op. cit.*

(23) Cfr. in proposito l'introduzione di FEBBRAJO a EHRLICH, *I fondamenti della sociologia del diritto*, trad. it., Milano, 1976, XXXIV s.

Queste precisazioni sono importanti, per una più completa comprensione degli stessi scritti kelseniani sulla giustizia costituzionale, e della sua opera di costituente, di cui si è parlato sopra. È chiaro infatti che, nel momento in cui attribuisce una posizione chiave ai tribunali di diritto pubblico, Kelsen avverte con assoluta chiarezza che questi ultimi non sono dei meri esecutori, ma dei centri di potere decisionale che possono anche, in ipotesi, creare dei problemi. Del governo dei giudici, in effetti, Kelsen fu sempre nemico, e lo dimostrano con chiarezza i suoi scritti (recentemente tradotti in questa stessa Collana) sulla giustizia costituzionale.

Non solo: la rivalutazione del potere discrezionale delle autorità amministrative e giurisdizionali, che consegue alla teoria della produzione graduale del diritto, porta ad impostare in termini nuovi, e più complessi, la teoria delle forme di governo. È questo un aspetto originale del pensiero kelseniano, che pochi hanno finora sottolineato (24).

L'analisi della struttura di una forma di governo viene condotta, da Kelsen, con riferimento all'organizzazione di ciascuno dei tre poteri. Ma, come già si è detto, Kelsen nutre una fiducia forse anacronistica nella centralità (come oggi si direbbe) del Parlamento: e non attribuisce quindi pari importanza alla struttura democratica del potere legislativo, e a quella dei poteri esecutivo e giurisdizionale. Anzi: la democrazia nell'amministrazione (per non parlare della più rara democrazia nella giurisdizione) è vista da lui con la più grande diffidenza, in quanto può portare ad incrinare il principio di legalità, in cui si realizza il primato del Parlamento. Autorità amministrative elettive, teme Kelsen, possono essere portate a discostarsi dal

---

(24) Cfr. ad esempio EBENSTEIN, *The Pure Theory of Law: Demythologizing Legal Thought*, in *California Law Review*, 1971, 647 s.

dettato delle leggi, per seguire le indicazioni politiche del corpo elettorale che le ha espresse; si apre quindi una contraddizione tra la «democratizzazione dell'amministrazione» a livello locale, e la democratizzazione della legislazione a livello nazionale.

Una volta preso atto di questa contraddizione, Kelsen si professa favorevole al primato del Parlamento: e cerca anzi di espandere quanto più è possibile la portata del principio di legalità, assicurandogli la rigorosa formulazione dell'art. 18 della Costituzione federale austriaca, e la garanzia di una Corte di giustizia amministrativa la cui importanza, nel quadro di questo disegno, risulta in definitiva pari a quella della Corte di giustizia costituzionale. Gli istituti tradizionali dello Stato burocratico liberale (principio gerarchico, giustizia nell'amministrazione) appaiono dunque come i garanti del primato del Parlamento, e quindi — Kelsen non ha, a questo proposito, alcun dubbio — del principio democratico in quanto tale.

PAOLO PETTA

I

LA DEMOCRAZIA

SOMMARIO: 1. La democrazia è, nel suo concetto, una forma di governo (o di società) in cui la volontà collettiva (l'ordinamento sociale) è prodotta da coloro che vi sono sottoposti: c'è qui una identità di soggetto e oggetto del potere, di chi ha la funzione di guida e di chi ne è destinatario. — 2. L'attuazione di quest'idea è strettamente condizionata: *a*) dalle qualità fisiche e psichiche di coloro che sono chiamati a produrre la volontà collettiva (età, sesso, sanità mentale e morale etc.); *b*) dal grado d'interesse politico (rapporto tra partecipazione di fatto alla formazione della volontà collettiva e partecipazione autorizzata (dovuta); *c*) dal principio maggioritario, imposto da necessità tecnico-sociali; *d*) dalla divisione tecnico-sociale del lavoro: donde il sistema rappresentativo; *e*) dalla natura del processo di produzione a gradi della volontà delle collettività tecnicamente progredite, in particolare dello stato (esigenza di esecuzione autocratica della volontà statale democraticamente prodotta come « legge », necessità di un apparato burocratico); *f*) dalla necessaria funzione mediatrice del partito nel processo di formazione della volontà collettiva (tendenze antidemocratiche all'interno della formazione partitica). — 3. In realtà, il potere risiede nei governati non in modo attuale ma solo potenziale. Ciò spiega perché: *a*) nella democrazia il capo non è mai completamente libero ma vincolato da deliberazioni generali della collettività dei governati (funzione del capo è « l'« esecuzione della legge »); *b*) è possibile una pluralità di capi; *c*) costituisce elemento essenziale e decisivo della democrazia reale il metodo di scegliere pochi capi dalla massa dei governati (democrazia come specifica scelta dei capi). — 4. Come caratteristica della democrazia reale in antitesi all'autocrazia, ne deriva che: *a*) in quella, il capo o i capi sono immanenti alla collettività, la loro creazione procede da essa; in questa, il capo trascende, lui solo, la collettività, la sua creazione non procede da essa ma da altra fonte; *b*) lì, la scelta del capo è un problema razionale e relativo, qui un problema metafisico, assoluto; *c*) nella democrazia, c'è un continuo mutamento dei capi, un continuto movimento ascendente dalla collettività dei governati ai posti di comando, e viceversa: un movimento dal basso verso l'alto; nell'autocrazia, non c'è alcuna possibilità di ascesa, ma la fissità di un rapporto

di signoria dato una volta per sempre. — 5. Oltre che dalla dinamica di una continua scelta dei capi (elezioni), la democrazia è caratterizzata da un secondo movimento: le norme generali, alla cui esecuzione è limitata la funzione del capo, sono prodotte — in modo sempre nuovo — mediante deliberazioni (dell'assemblea del popolo o dell'organo rappresentativo) e preparate da risoluzioni dei partiti. Ma il principio di maggioranza, qui determinante, si realizza di regola non come imposizione della maggioranza alla minoranza ma come risultato di una continua trattativa tra i due gruppi (classi), che in tal modo s'influenzano a vicenda: compromesso come avvicinamento all'unanimità. Anche su questo punto, l'autocrazia offre l'immagine opposta: non dinamica, ma statica. — 6. Il concetto di democrazia è relativamente formale nei limiti in cui è indifferente all'ideale della eguaglianza economica. Questa è realizzabile altrettanto o anche meglio nella dittatura.

Una caratteristica delle formazioni sociali che, come lo stato, la nazione, la classe, ecc., costituiscono l'oggetto della conoscenza sociologica, è il dualismo tra l'ideologia in cui queste formazioni si presentano nella coscienza degli individui che ne fanno parte, e la c.d. realtà, cioè i rapporti effettivi e concreti che intercorrono tra gl'individui che formano il corpo sociale. Se parlo di *dualismo* tra ideologia e realtà, ciò non va inteso nel senso di un unico e ben definibile contrasto che ricorra sempre allo stesso modo in tutte le formazioni sociali, come per esempio quello che la concezione materialistica della storia descrive con l'immagine del rapporto tra una struttura essenzialmente qualificata da fatti economici e la sovrastruttura ideale che essa determina. Prescindendo dal fatto che la cosiddetta *realtà* che forma la struttura, la fattispecie reale, non può avere in alcun modo soltanto natura economica, e così pure dal fatto che non è solo la struttura che determina la sovrastruttura ideologica ma anche viceversa, tutto questo contrasto che la teoria marxista ha per prima riconosciuto e posto in risalto è solo un caso particolare, una delle molte forme in cui il caratteristico fenomeno fondamentale del dualismo sociologico — se così posso esprimermi — si manifesta. La concezione materialistica della storia pone il problema del dualismo sociologico

principalmente nel senso che ricerca le condizioni reali nelle quali si sviluppa una ideologia che pretende di spiegare questa situazione di fatto ma che in effetti la nasconde; essa ricerca le cause dell'ideologia ma si possono ricercare anche i suoi effetti, tanto più se questa ideologia si presenta come ordinamento normativo, come sistema di norme etiche e giuridiche che vengono assunte a contenuto di rappresentazioni e volizioni umane. Ciò provoca allora, in quanto motivo, una determinata condotta rispondente all'ordinamento normativo. È l'ideologia che determina la realtà. Qui interessa, in particolare, il problema della realizzazione dell'ordinamento normativo mediante l'osservanza e la conformità, problema così importante per la conoscenza della ideologia del diritto e dello stato.

Se parlo di dualismo tra ideologia e realtà, è solo una formulazione abbreviata di uno stato di cose molto complesso. Ciò che, infatti, in questo contrasto si presuppone come *realtà* rispetto all'ideologia risulta di frequente, ad una indagine più approfondita, esso stesso un'ideologia; sicché l'analisi sociologica deve accertare l'esistenza di più strati ideologici per trovarsi, nella sua ricerca di una fattispecie reale inseguita come nocciolo, in una situazione scientifica che viene da molti considerata così insoddisfacente solo perché ritengono di schiacciare una noce mentre in realtà stanno solo sbucciando una cipolla. Considerata la fame di realtà di molti sociologi, è forse opportuno chiedersi se sarebbe poi così strano che si dovesse accertare che nel campo del sociale non c'è assolutamente nulla di ideologico e che l'avanzata verso la realtà — con la quale soltanto molti ritengono di potersi sentire sicuri — è solo l'irruzione del regno del sociale come settore dello spirito nel regno della natura e delle sue leggi (1).

---

(1) Un esempio a questo riguardo è offerto dall'analisi sociologica del rapporto amoroso. La nuda, reale fattispecie di questo rapporto è che un individuo ne immagina e desidera un altro come mezzo per il soddisfacimento di un determinato bisogno, cioè come oggetto. Nella

Si deve quindi badare a non identificare il dualismo sociologico tra ideologia e realtà relativa col generale dualismo tra idea e realtà, categorie *a priori* e dati di fatto *a posteriori*, che, sul piano gnoseologico, esiste per ogni oggetto di conoscenza e quindi anche per ciò che è oggetto della conoscenza sociologica. Il problema gnoseologico formale e il problema sostanziale proprio di una scienza particolare devono essere tenuti distinti; anche se talvolta e proprio nel campo delle scienze sociali è quanto mai difficile tenerli separati e proprio qui ci si arrovella così a lungo con più di una questione solo per il fatto che la si ritiene una questione scientifica sostanziale e come tale si cerca quindi di risolverla, sebbene — sotto le vesti scientifiche sostanziali — si celi un vero problema gnoseologico.

Isolare il problema gnoseologico dal problema scientifico sostanziale è, nell'ambito della conoscenza sociologica, così difficile forse anche perché l'oggetto della conoscenza rappresenta esso medesimo un fatto conoscitivo. Le ideologie, quali

---

ideologia che sorge da questa fattispecie reale, nelle rappresentazioni che gli stessi amanti si fanno del loro rapporto, si realizza una interpretazione completamente diversa della realtà. L'essere amato, da mezzo di soddisfacimento del mio bisogno diventa scopo, sia pure scopo di tutta la mia vita, da oggetto diventa essenzialmente soggetto, soggetto elevato alla massima potenza, un'autorità alla quale mi sottometto. Nessuno può negare che questa ideologia, che contrasta così singolarmente con la realtà dalla quale è partita, reagisce su questa sua base e modifica l'iniziale fattispecie del rapporto reale; tanto, che è difficile distinguere chiaramente qual è la situazione effettiva e quale l'ideologia, quale la realtà e quale la mera illusione. Tuttavia, solo in quella ideologia potremo conoscere il fenomeno specificamente sociale dell'amore. La struttura naturale infatti si lascerà interpretare come una fattispecie puramente fisiologica e quindi definibile solo in termini di scienza naturale. La conoscenza che si spinge fino ad essa, entrando nel campo della natura, abbandona il campo della società, che è solo il campo dello spirito, vale a dire dell'ideologia o illusione. Cfr. SALOMON, *Historischer Materialismus und Ideologienlehre*, I (*Jahrbuch für Soziologie*, II. Band, 1926, 386 ss.).

si presentano le formazioni sociali — quanto meno sotto un certo aspetto —, sono infatti funzioni della coscienza degli individui che ne fanno parte, i quali cercano di spiegare e di giustificare in queste ideologie i loro *reali* rapporti. In tali ideologie, che costituiscono l'oggetto della conoscenza sociologica — prendiamo, per esempio, lo stato o la nazione, il cui carattere ideologico risulta particolarmente chiaro — è insito così un primo tentativo soggettivo di conoscenza dell'oggetto, una specie di autoconoscenza dell'oggetto della conoscenza che si legittima appena nel processo della conoscenza scientifica, cioè obiettiva; certamente non senza dover essere prima più o meno rettificata. E proprio questo rende talvolta l'obiettiva conoscenza scientifica delle formazioni sociali così difficile, giacché essa viene coinvolta fin dall'inizio in una lotta con quella conoscenza, per così dire, prescientifica già presente nelle formazioni sociali che essa deve conoscere. E una fonte continua di errori per la conoscenza sociologica sta proprio nel fatto che si considera — acriticamente — essenza di una formazione sociale ciò che questa afferma subiettivamente di se stessa. È come se, per esempio, uno psicologo ritenesse *a priori* vero o esatto ciò che il soggetto da analizzare afferma di se stesso. Le formazioni sociali si possono pronunciare invero sulla propria essenza; esse, infatti, si esprimono — essenzialmente in parte — nella lingua. L'oggetto della conoscenza sociologica è — almeno in parte — dotato di linguaggio. E da ciò ha origine una situazione del tutto particolare e caratteristica. La pianta non può dire allo studioso che la esamina « sono un minerale » o « sono un animale », non mette lo studioso nella necessità di dover sostituire la sua conoscenza subiettiva con la propria conoscenza obiettiva. Ma uno stato — permettetemi di prendere l'esempio dal mio campo ristretto giacché è proprio qui che m'imbatto di continuo in questa peculiarità — uno stato può scrivere nella propria costituzione di essere uno stato federale o una democrazia, mentre poi la scienza politica accerta che non è né l'uno né l'altra. Gli ostacoli interni che una teoria obiettiva deve talvolta superare sono francamente molto grandi; e

non soltanto per ciò che riguarda le formazioni giuridico-statali ma anche per ciò che riguarda altri fenomeni sociali nei quali si esprime, cioè si giustifica ideologicamente, non proprio l'autorità di un gruppo di potere ma l'interesse di classe, l'orgogio nazionale, il pregiudizio di casta. Numerosi errori che incontriamo nel campo della dottrina dello stato e del diritto sono da ricondurre al fatto che la teoria — *bona* o *mala fides* — considera senz'altro come obiettivo il significato subiettivo che un atto sociale si conferisce da sé, al fatto che onora senz'altro la sua pretesa soggettiva di validità. E così anche nella teoria delle forme di governo e di società alla quale appartiene la dottrina della democrazia, molta confusione è in effetti derivata dall'aver considerato democrazia ciò che per un motivo qualunque si fa passare per tale.

Non c'è dubbio: appare inevitabile che la realtà sociale che pretende di valere come democrazia debba restare più o meno indietro rispetto all'idea di democrazia. L'idea di democrazia infatti — e qui il dualismo sociologico raggiunge un paradosso non più superabile — significa, come idea della libertà senz'altro negazione di ogni realtà sociale e quindi, in particolare, di ogni realtà statale, vuol essere una forma per la democrazia. È un luogo comune, che non posso francamente evitare in questa sede, che ogni relazione d'individui da qualificare sociale sia possibile solo come vincolo di questi stessi individui, che una formazione sociale e in particolare quella per la quale la democrazia viene anzitutto in rilievo come forma, cioè lo stato, sia possibile solo in presenza di un ordinamento obbligatorio e proprio per ciò vincolante, di una volontà collettiva diversa da quella dei singoli individui che formano la collettività e che assoggetti questi stessi individui. Ma la democrazia, secondo la sua idea, vuol essere libertà, cioè proprio l'opposto di questo vincolo, di questo assoggettamento. Essa nega pertanto l'ammissibilità di una volontà collettiva che assoggetti i singoli e che sia diversa dalla loro volontà: volontà collettiva che altro non è se non l'espressione personificante per indicare l'ordinamento sociale obiettivamente valido — cioè la legalità so-

ciale. Nonostante questo suo contrasto con la realtà sociale, anzi forse proprio a causa di esso, l'idea della libertà è e rimane la nota predominante di ogni speculazione politica e fa al tempo stesso da contrappunto ad ogni teoria della società e ad ogni prassi statale.

Ho cercato di mostrare occasionalmente la specifica metamorfosi che l'idea di libertà deve subire affinché possa funzionare non solo come ideologia soggettiva ma anche, tendenzialmente, come oggettivo principio d'interpretazione della realtà da qualificare come democrazia (2). Dalla mancanza puramente negativa di ogni vincolo, dalla negazione di ogni volontà collettiva diversa dalle volontà individuali, che assoggetti e ordini queste ultime, dal disconoscimento di una vera *volonté générale* nasce un metodo particolare di produrre questa volontà collettiva, quest'ordinamento sociale vincolante e obiettivamente valido, e in particolare l'ordinamento coercitivo dello stato. La cosidetta libertà politica, che si svincola dal grembo della libertà naturale dell'anarchia e si contrappone in modo ostile alla sua genitrice, si coglie nel fatto che l'ordinamento sociale viene prodotto mediante la deliberazione, cioè l'accordo delle volontà della maggioranza di coloro che sono soggetti alle norme oppure — nella democrazia parlamentare indiretta — solo mediante l'accordo della maggioranza dei delegati (eletti) della maggioranza di coloro che sono soggetti all'ordinamento. Se si considera che, di coloro che sono soggetti all'ordinamento sociale e all'ordinamento statale in ispecie, solo una parte può intervenire nel processo di formazione della volontà sociale, in quanto esistono qui taluni limiti naturali (età, sesso, costituzione spirituale, ecc.); che, inoltre, di coloro che possono e devono intervenire, solo una parte interviene, in quanto manca un interesse politico; che il

(2) Cfr. il mio scritto *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 1920, 4 ss. (*Essenza e valore della democrazia*, in *La democrazia*, 4ª ed., con introduzione di G. Gavazzi, Bologna, 1981, 39 ss.) e la mia *Allgemeine Staatslehre*, 1925, 321 ss. (ora: *Teoria generale del diritto e dello stato*, trad. di S. Cotta e G. Treves, Milano, 1963, 289 ss.).

principio rappresentativo, non importa se riferito ad un parlamento o ad un governo eletto direttamente dal popolo, è una finzione per mantenere l'ideologia democratica della libertà; allora si deve ammettere che la distanza tra l'ideologia e la realtà, e persino tra l'ideologia e la possibilità massima della sua realizzazione, è straordinaria. Si potrebbe quindi considerare qualcosa di più di un'iperbole retorica la nota frase di *Rousseau* che in effetti non c'è ancora stata né potrebbe esservi una democrazia.

Tra i fattori che limitano la libertà fin qui ricordati, i due più importanti sono il principio di maggioranza e il principio di rappresentanza. Del primo mi occuperò più avanti; sul secondo desidero formulare subito alcune osservazioni.

È difficile parlare oggi di democrazia senza toccare il problema del parlamentarismo. La democrazia moderna ha infatti carattere parlamentare e il parlamentarismo sembra, almeno secondo l'esperienza che se n'è fatta, l'unica forma in cui la democrazia sia realizzabile nella odierna realtà sociale. Se anche, perciò, democrazia e parlamentarismo non sono affatto concetti identici, ci si accorge giustamente che l'avversione sempre crescente per il parlamentarismo è, in definitiva, rivolta contro la democrazia. Parlamentarismo significa formazione di una valida volontà statale attraverso un organo collegiale eletto dal popolo. Viene qui in risalto il carattere indiretto di tale formazione, il fatto che la volontà statale non viene prodotta in modo diretto dallo stesso popolo ma da un parlamento, pur creato dal popolo; sicché, nel processo di produzione della volontà collettiva, la funzione di coloro che sono soggetti all'ordinamento si limita a ciò, che una parte di essi è autorizzata a creare l'organo cui spetta la produzione della volontà collettiva. Con l'istituto del *referendum*, al cosiddetto popolo può essere certo riservata una parte maggiore nella formazione della volontà collettiva. Nei grandi stati moderni, tuttavia, l'attuazione di questo istituto incontra ostacoli non lievi. E si sopravvaluta facilmente anche l'importanza che il *referendum* assume dal punto di vista di una reale autodeterminazione

del popolo; l'efficacia è più soggettiva che obiettiva. L'idea della libertà nella sua forma effettivamente snaturata di autodeterminazione politica viene moderata proprio dal bisogno incontenibile di divisione del lavoro, di differenziazione sociale; e pertanto da una tendenza che contrasta con il fondamentale carattere assoluto dell'idea democratica di libertà. Stando, infatti, solo a quest'ultimo, la volontà statale in ogni suo grado — e di ciò si dirà più avanti — dovrebbe essere formata direttamente da una sola e medesima assemblea di tutti gli individui che hanno diritto al voto. Ogni differenziazione dell'organismo statale fondata sulla divisione del avoro, l'affidamento di qualunque funzione dello stato ad un organo diverso dal popolo significano necessariamente limitazione della libertà. Il parlamentarismo si presenta quindi come un compromesso tra la tendenza democratica alla libertà e il diversificante principio della divisione del lavoro, che condiziona ogni progresso tecnico-sociale.

È questa la spiegazione sociologica e, al tempo stesso, la giustificazione politica del parlamentarismo. La corrente giustificazione di quest'ultimo, quella offerta dalla teoria della rappresentanza, la tesi che è il popolo a formare la volontà dello stato per mezzo del proprio parlamento o del proprio governo, in quanto al momento dell'elezione trasferisce all'uno o all'altro la propria volontà, questa palese finzione volta a mascherare il sostanziale pregiudizio che il principio di libertà riceve a causa del parlamentarismo, ha dato sottomano agli avversari l'argomento che la democrazia riposi su una evidente falsità. Così, alla lunga, la finzione rappresentativa non ha potuto adempiere il compito di giustificare il parlamento dal punto di vista della sovranità popolare. Ha però svolto, in compenso, un ufficio diverso da quello da essa o con essa previsto: ha mantenuto su una ragionevole linea mediana il movimento politico del XIX e del XX secolo, soggetto alla forte pressione dell'idea democratica. Col far credere che la gran massa del popolo si determini politicamente da sé nel parlamento elettivo, ha impedito una tensione eccessiva dell'idea

democratica nella realtà politica; una tensione che non sarebbe stata senza pericoli per il progresso sociale, in quanto necessariamente collegata con una innaturale primitivizzazione della tecnica politica.

Un discorso sociologico non è la sede adatta per esaminare il problema del valore politico del sistema parlamentare, i suoi difetti e i suoi pregi e, in particolare, le proposte per una riforma. È tuttavia consentito analizzare le possibilità di riuscita che ha il tentativo di eliminare del tutto l'istituto parlamentare, il tentativo cioè di escludere il parlamento dall'organizzazione dello stato moderno. Non è certamente un caso ma risponde ad una legge di struttura del corpo sociale che qualcosa di simile ad un parlamento esista in ogni comunità che abbia un certo grado di sviluppo tecnico. Si deve, in particolare, ritenere che anche nella più dichiarata delle autocrazie il monarca si veda costretto a chiamare al suo fianco un gruppo di persone che, come consiglio di stato o con analoga denominazione, svolga specificamente un'attività di preparazione, discussione e consulenza in ordine alle disposizioni e norme generali che vengono emanate in suo nome. Come in una grande comunità il popolo come tale, nella sua totalità, non è in grado di produrre direttamente la volontà collettiva, così non è in grado di farlo il monarca da solo, e ciò in parte per gli stessi motivi: mancanza di conoscenze e di competenza e paura della responsabilità. La circostanza che i membri del collegio siano ora nominati dall'autocrate ora eletti dal popolo è senza dubbio importante ma più dal punto di vista ideologico che dal punto di vista della realtà sociale, cioè delle funzioni reali che l'organo esercita. Ha certamente importanza anche il fatto che esso abbia una funzione consultiva oppure deliberativa; spesso, tuttavia, neppure qui un'indagine che guardi ai rapporti di fatto, che si occupi più dell'attività psicologica che della forma giuridica, potrà stabilire una eccessiva differenza tra il parlamento legiferante di una democrazia e il consiglio di stato di un monarca assoluto, specie se si tiene conto del fatto che, anche nella democrazia moderna, una parte notevole, sep-

pure non visibile all'esterno, del lavoro legislativo viene svolta non proprio in sede parlamentare ma negli uffici del governo, che della possibilità di iniziativa diretta e indiretta non può fare nelle democrazie parlamentari un uso più limitato di quello che ne faceva nella monarchia costituzionale; e che, d'altro canto, l'autorità delle persone che fanno parte di un consiglio di stato assicura molto spesso a quest'organo, nei confronti del monarca assoluto, un'influenza di gran lunga superiore a quella che si ricava dalla costituzione.

Che, all'interno di un corpo sociale tecnicamente sviluppato, accanto ad un organo di governo (e ad un apparato amministrativo ad esso sottoposto) si formi un particolare organo legislativo collegiale appare una necessità dello sviluppo sociale che deriva, non da ultimo, dalla natura del processo di formazione della volontà statale. Questo è caratterizzato essenzialmente dal fatto che da forma inizialmente astratta, attraverso una serie maggiore o minore di norme generali, si trasforma in atti statali individuali. È — diversamente da ciò che avviene nella formazione della volontà psicologica degli individui umani — un processo di concretizzazione e individualizzazione, all'interno del quale la formazione delle norme generali e astratte si differenzia dalla posizione del concreto e individuale provvedimento, dalla emanazione del singolo ordine o della singola decisione come da una funzione o grado assolutamente diversi. Mostrare la diversità di queste funzioni è un problema di fenomenologia giuridica (3). Anche in un gruppo sociale affatto primitivo è possibile constatare queste due diverse funzioni o gradi della formazione della volontà collettiva; pur dovendosi ammettere senz'altro che l'impulso alla creazione di un particolare organo di normazione generale si ha solo quando questo grado della formazione della volontà collettiva, da prassi consuetudinaria e inconscia dei soggetti, diviene procedimento

(3) MERKL, *Die Lehre von der Rechtskraft* (*Wiener Staatswissenschaftl. Studien*, 15 Band, II. Heft), 81 ss. e la mia *Allgemeine Staatslehre*, 229 ss. (*Teoria generale*, cit., 260 ss.).

UNIVERSIDAD AUTONOMA DE MADRID FC. DE DERECHO BIBLIOTECA

di conscia statuizione. Solo sulla base di un esame molto superficiale e limitato ai gruppi più primitivi si può presumere che la volontà collettiva che costituisce il gruppo sociale possa esprimersi immediatamente ed esclusivamente nella forma di ordini e di atti coercitivi individuali. In tal modo si trascura però che, per rendere possibile la funzione dell'organo che pone gli atti individuali della colettività, è necessario un ordinamento generale che, se anche non coscientemente espresso, viva comunque nella coscienza di tutti o di alcuni membri del gruppo. E si trascura inoltre che l'ambito in cui proprio gli organi di un gruppo primitivo possono disporre e decidere liberamente, senza il vincolo di una norma generale, è assai minore che nello stato moderno, mentre essi si sentono sommamente legati alle norme generali, le quali sono tanto più efficaci in quanto hanno carattere religioso o magico. La collettività sociale, più che negli atti individuali, vive, come coscienza, nelle norme generali riguardanti il comportamento reciproco degli individui. La funzione di normazione generale tenderà sempre, comunque, a crearsi un organo collegiale e non un organo individuale.

Il tentativo di eliminare del tutto il parlamento dall'organismo dello stato moderno alla lunga difficilmente dovrebbe riuscire. Sarà questione, in fondo, solo di vedere in qual modo il parlamento debba essere eletto e composto e quali e quante debbano essere le sue competenze. E a questa semplice riforma dell'istituto parlamentare conducono, in definitiva, tutti gli sforzi che mirano ad una strutturazione corporativa dello stato o alla dittatura, per quanto possano postulare, anche sul piano programmatico, l'eliminazione dell'istituto parlamentare.

Il fatto che la volontà collettiva o l'ordinamento sociale non procedano su un unico piano ma si sviluppino essenzialmente per gradi, che sono almeno due, quello della norma generale e quello dell'atto individuale; la circostanza che nel processo di formazione della volontà sociale si debbano distinguere due funzioni assolutamente diverse, producono, come abbiamo visto sopra, in rapporto alla legge della divisione del lavoro so-

ciale all'interno di ogni collettività statale o simile allo stato, la tendenza alla creazione di un organo di tipo parlamentare e pongono così un limite alla libertà ideologicamente postulata. Da questa natura a gradi della produzione della volontà collettiva deriva però un ostacolo ancora più grave per la libertà, che è rimasto a lungo inosservato. Di esso ci si è resi conto, in effetti, solo quando i partiti democratici, raggiunto il potere politico, hanno cercato di realizzare sul piano tecnico-sociale il proprio ideale, la democrazia. Nella richiesta di democrazia ci si era fino ad allora accontentati di pretendere una struttura specifica per l'organo legislativo, cioè per l'organo di normazione generale: diritto di voto generale e uguale, *referendum*. Orbene, dopo il soddisfacimento di questa richiesta, nasce il problema della democratizzazione dei due gradi del processo di creazione della volontà statale, s'introduce il postulato della forma democratica di quegli atti individuali della volontà statale che, come la giurisdizione e l'amministrazione, vengono indicati col nome di esecuzione. È significativo il fatto che quest'ultima richiesta viene per lo più avanzata non tanto dai partiti di maggioranza giunti al potere sulla base di un programma democratico ma piuttosto e più vigorosamente dai partiti di minoranza, che per il resto non si richiamano in modo particolare al principio democratico; o il fatto che uno stesso partito, quand'è in minoranza, chiede la democratizzazione dell'attività esecutiva mentre quand'è in maggioranza respinge tale richiesta o vi consente solo con molta esitazione e con forti riserve. E quest'ultimo comportamento non significa affatto che il partito democratico, raggiunto il potere, tradisce il principio della democrazia, ma, al contrario, che esso difende in tal modo il principio democratico.

La struttura peculiare del processo di formazione della volontà statale, la sua articolazione in gradi, la diversità di natura delle due funzioni che si succedono hanno infatti la conseguenza che la democratizzazione dell'una ha effetti diversi dall'analoga operazione sull'altra. L'una — la produzione di norme generali, la c.d. legislazione — è una formazione di vo-

lontà (relativamente) libera, l'altra, la c.d. esecuzione, è invece (relativamente) vincolata. L'esecuzione si colloca essenzialmente sotto l'idea della conformità alla legge e, a un certo grado della formazione della volontà statale, l'idea di legalità entra in conflitto con quella di democrazia. Diversamente cioè da come potrebbe sembrare a prima vista, la democrazia dell'esecuzione non è la mera conseguenza della democrazia della legislazione né l'idea democratica è tanto meglio servita quanto più la forma democratica della formazione della volontà statale abbraccia anche il processo della esecuzione. Pertanto, dalla democrazia della legislazione non deriva senz'atro che la legittimità dell'esecuzione è meglio garantita da forme democratiche. Si deve certamente ammettere che l'elezione democratica dei supremi organi esecutivi da parte del parlamento e la loro responsabilità verso quest'ultimo offrano una certa garanzia — anche se non l'unica possibile — circa la legittimità dell'operato di tali organi, la garanzia cioè che sarà attuata la volontà del popolo. Ma per ciò che riguarda la responsabilità parlamentare è chiaro che un sistema ministeriale più autocratico, una esecuzione affidata ad organi singoli sono più adatti del sistema collegiale specificamente democratico, che non soltanto attenua il senso di responsabilità dei singoli ma rende anche più difficile farne valere la responsabilità.

E la incompatibilità del principio di legalità col principio di democrazia aumenta nella stessa misura in cui, nell'organizzazione di una grande comunità, si afferma il bisogno, inderogabile sul piano tecnico-sociale, di un decentramento, cioè di un'articolazione spaziale del corpo sociale. Anche in questo senso appare chiara la diversità funzionale dei due gradi nei quali si muove il processo di formazione della volontà statale. La produzione degli atti statali individuali, cioè l'ambito della c.d. esecuzione, è suscettibile e bisognevole di decentramento in misura di gran lunga superiore a quella degli atti di volizione generale, cioè di legislazione. E una radicale democratizzazione delle istanze inferiori e medie create con il decentramento comporta senz'altro il pericolo della vanificazione della

democrazia della legislazione. Se il territorio dello stato viene suddiviso in grandi circoscrizioni amministrative, le province, e queste a loro volta in circoscrizioni più piccole, i distretti, e l'amministrazione di questi territori viene affidata — in armonia con l'idea democratica — a collegi eletti dai cittadini degli stessi territori in modo che al disotto del governo centrale vi sia immediatamente la rappresentanza della provincia e al disotto di questa la rappresentanza del distretto, allora è più che probabile che questi organi di autogoverno — specie se la loro composizione politica, i loro rapporti di maggioranza sono diversi da quelli dell'organo legislativo centrale — non considereranno affatto loro scopo supremo la legittimità dei loro atti ma si metteranno troppo facilmente in deliberato contrasto con le leggi votate dal parlamento centrale. La volontà del tutto — quale si esprime attraverso l'organo legislativo centrale — rischia di essere paralizzata dalla volontà della parte — quella espressa dai singoli organi di autogoverno. Persino quando si snatura in autodeterminazione mediante deliberazione di maggioranza, l'idea di libertà conserva qualcosa della sua originaria tendenza anarchica, che scompone la totalità sociale nei suoi singoli atomi.

Esistono certamente mezzi tecnico-organizzativi per ovviare a questo pericolo e annullare gli atti dei membri degli organi democratici, degli organi di autogoverno contrari alla legge. Solo che questi mezzi non stanno sulla linea della democrazia nella formazione della volontà all'interno delle circoscrizioni amministrative ma ne rappresentano piuttosto una limitazione. Nelle istanze inferiori e medie, la legittimità dell'attività esecutiva — e, nella legislazione democratica, ciò significa la volontà del popolo e quindi la stessa democrazia — più che dagli organi di autogoverno, è senza dubbio garantita da organi individuali nominati dagli uffici centrali e verso questi responsabili e quindi da un'organizzazione autocratica di questo lato della formazione della volontà statale. Ciò però significa pure che, come conseguenza del principio di legalità, il sistema burocratico deve fare il suo ingresso nell'organizzazione

dello stato fondamentalmente democratico. È questo il motivo profondo per il quale anche negli stati in cui il principio democratico si è collocato al disopra delle lotte di partito, come per esempio negli Stati Uniti, la burocratizzazione aumenta nella stessa misura in cui crescono i compiti amministrativi dello stato e quindi le funzioni esecutive. Sarebbe un grande errore vedere in ciò un indebolimento della democrazia. Solo in base ad un esame puramente ideologico e sganciato dalla concreta realtà, democrazia e burocrazia possono infatti apparire in antitesi assoluta. Burocratizzazione significa, piuttosto, in presenza di determinati presupposti, mantenimento della democrazia. Ciò perché, appunto, il principio democratico può fondamentalmente abbracciare gli strati più alti di un processo nel quale l'organismo statale si rigenera continuamente ma non può penetrarne gli strati più profondi senza mettere in discussione se stesso, vale a dire la propria validità nell'ambito della formazione della volontà generale ([4]).

L'antitesi funzionale tra democrazia della legislazione e democrazia dell'esecuzione e la conseguente tendenza di una legislazione democratica ad annettersi un'esecuzione autocratico-burocratica, si manifestano nel fatto che una democratizzazione dell'attività esecutiva e in particolare dell'amministrazione può aver luogo solo a spese della intensità di contenuto della funzione legislativa. Se cioè l'attività degli organi esecutivi democraticamente organizzati, vale a dire degli organi di autogoverno, dev'essere il più possibile allontanata dalla zona di pericolo della illegittimità — si osservi, a questo riguardo, che tali organi di autogoverno sono pressoché sottratti alla responsabilità, garanzia massima della legittimità — dev'essere limitata al campo delle valutazioni non disciplinate dalla legge. Solo in presenza di un ampio potere discrezionale ci si può attendere una utile funzione dell'amministrazione democratica.

([4]) Cfr. al riguardo la mia *Allgemeine Staatslehre*, 361 ss. (*Teoria generale*, cit., 304 ss.) e Merkl, *Demokratie und Verwaltung*, 1923.

Ma questo significa che la democrazia amministrativa reca in sé una forte tendenza al decentramento. Alla volontà delle parti si può concedere spazio solo a spese della volontà del tutto. Se la salvaguardia dei limiti del potere discrezionale degli organi inferiori e medi viene affidata ad organi autocratici, nominati cioè dagli organi superiori o verso di essi responsabili e da essi revocabili, si accetta con ciò, per l'organizzazione amministrativa ai livelli inferiore e medio, un sistema che unisce elementi democratici ed elementi autocratici. E in ciò sta anche la caratteristica della monarchia costituzionale; solo che qui la mescolanza della forma democratica con quella autocratica si realizza al grado più elevato della formazione della volontà statale, al grado cioè della legislazione, sicché non resta esclusa una paralisi della democrazia ad opera dell'autocrazia (e viceversa); mentre dove il principio della forma di governo mista si limita ai gradi inferiore e medio di quella che, al grado più alto, è la formazione della volontà statale puramente democratica, non c'è da aspettarsi alcuna minaccia per la democrazia, ma il suo rafforzamento.

La circostanza che l'autocrazia, al pari della democrazia, nel corso del suo processo di realizzazione si sforzi di istituire, per la funzione legislativa, un organo collegiale e quindi di tipo parlamentare che funzioni secondo il principio della divisione dei poteri, e che essa d'altra parte, esattamente, come la democrazia e in parte per gli stessi motivi, sia costretta a creare, per la funzione esecutiva, una burocrazia, conduce ad un certo avvicinamento della struttura reale degli stati moderni, tosto che abbiano superato certe dimensioni minime e un determinato livello di civiltà. Questo avvicinamento di situazioni reali lascia però immutata la diversità delle rispettive ideologie. È la stessa tendenza all'unificazione che — come nel campo della costituzione, cioè del metodo di formazione della volontà statale o della sua forma — si riscontra pure nel contenuto delle norme, nel diritto sostanziale. È infatti difficile oggi negare che gli ordinamenti civili e penali degli stati moderni si siano avvicinati sempre di più.

Se si cerca di ricavare l'essenza della democrazia dalla struttura sociologica del processo nel quale si forma la volontà della collettività e in particolare la c.d. volontà dello stato, non è possibile naturalmente ignorare quella che è una fase preparatoria del procedimento parlamentare (o di quello proprio dell'assemblea popolare). Intendo riferirmi a quei processi determinanti per la votazione parlamentare (o per il *referendum*) — ma anche per gli atti di un governo democratico — che si svolgono in seno ai partiti politici, alla produzione della volontà collettiva all'interno di queste formazioni, la cui sociologia è stata esposta in modo esemplare da *Robert Michels*. I risultati universalmente noti della sua ricerca mi consentono di limitarmi qui ad una breve osservazione. Questa fase del processo di formazione della volontà collettiva — paragonabile ad una pluralità di sorgenti che, con l'inizio de procedimento parlamentare, vengono incanalate in un unico letto — ha nella maggioranza degli stati un carattere assolutamente amorfo, anche se si può constatare qua e là una certa tendenza a formalizzare la costituzione dei partiti e della loro volontà, cioè a conferire ad essi carattere giuridico. Orbene, si deve presumibilmente, non da ultimo, al carattere amorfo di questa fase se i processi di formazione della volontà collettiva che qui si svolgono mostrano la tendenza aristocratico-autocratica che Michels ha accertato. E ciò anche all'interno di partiti che hanno una ideologia estremamente democratica. La realtà della vita di partito, nella quale le personalità-guida tendono a farsi valere in modo ancora più marcato che all'interno dei limiti di una costituzione democratica, questa vita in cui vige, inoltre, la c.d. disciplina di partito laddove nei rapporti fra partiti non si pensa seriamente a qualcosa di analogo, cioè ad una disciplina di stato, offre di regola all'individuo una possibilità assai scarsa di autodeterminazione democratica.

Se quindi si tiene presente l'immagine che mediamente offre la situazione di uno stato qualificato come democrazia e si confronta questa situazione con l'ideologia democratica della libertà, appare anzituto strano come alla lunga sia possi-

bile una tensione così straordinaria tra l'ideologia e la realtà. Si direbbe che funzione specifica dell'ideologia democratica sia senz'altro quella di mantenere l'illusione di una libertà che non può essere salvata nella realtà sociale; quasi che la chiara melodia della libertà, eterno anelito dell'uomo, volesse coprire il sordo rumore delle ferree catene della realtà sociale. E l'ideologia libertaria della democrazia sembra svolgere nei riguardi della realtà del vincolo sociale con essa coordinata una funzione analoga a quella che l'illusione etica del libero arbitrio svolge nei riguardi dell'inevitabile determinazione causale di ogni umano volere, accertata dalla conoscenza psicologica. E fra questi due complessi di problemi non c'è soltanto un parallelismo esterno, ma una profonda connessione interna.

Se si cercasse di comprendere la realtà sociale qualificata democrazia attraverso l'ideologia che le è propria, *Rousseau* avrebbe effettivamente ragione di fare un sospiro pessimistico. Solo che la ricerca sociologica non si può limitare ad accertare l'autonomia e l'ostinazione dell'ideologia, per assumerle a legge e significato della realtà che condiziona l'ideologia. Essa deve piuttosto cercare di sondare quella legge e quel significato della realtà, che pur essendo non del tutto indipendenti dalla ideologia, sono possibilmente da questa assai diversi; di cogliere, accanto al senso soggettivo, anche il senso oggettivo del fatto sociale.

L'ideale libertario della democrazia, cioè assenza di un potere e assenza di capi, non è realizzabile neppure in via di approssimazione. La realtà sociale è infatti potere e comando. Si può solo discutere come si debba formare la volontà sovrana, come debba essere creato il capo. E qui è caratteristico della democrazia, non che la volontà sovrana sia volontà del popolo ma che al processo di creazione della volontà prenda parte un largo strato di coloro che sono soggetti alle norme, il maggior numero possibile dei membri della collettività e che anche ciò avvenga — almeno di regola — solo in un determinato stadio di tale processo, in genere denominato legislazione, e questo pure solo per la creazione dell'organo legi-

slativo. Da ciò discende che i capi che si staccano dalla massa, devono limitarsi, nella loro specifica funzione, alla esecuzione delle leggi. Il governo — cioè la forma giuridica statale di comando — può certo influenzare sostanzialmente la legislazione. È però caratteristico il fatto che esso debba mettere in moto un altro organo per creare le basi della propria attività. Il meccanismo dell'apparato parlamentare, contrassegnato dal contrasto tra maggioranza e minoranza (e di questo parleremo ancora più avanti), costituisce un limite effettivo anche per un governo che si regga sulla maggioranza; e questa è una differenza non trascurabile rispetto ad una situazione politica in cui è il capo dello stato ad emanare le leggi che egli stesso esegue, che esegue cioè l'apparato amministrativo a lui sottoposto. Come abbiamo già sottolineato, la creazione di un organo legislativo collegiale accanto all'organo di governo, è certamente una tendenza constatabile ovunque e che deriva dalla natura della formazione della volontà collettiva. Se nella diversificazione tra un tale organo di tipo parlamentare e l'organo di governo e così pure nel vincolo e nella limitazione del governo che in tal modo si realizzano, si scorge un contrassegno della democrazia reale, allora la tendenza alla forma democratica può essere effettivamente riguardata come una generale tendenza di sviluppo dello stato moderno. In questa tendenza però, al tempo stesso, sta quella peculiare diversificazione degli organi che ha cercato di esprimersi nella dottrina della separazione dei poteri. Alla domanda se la separazione dei poteri sia un principio democratico o no, non si può univocamente rispondere facendo riferimento al contrasto tra ideologia e realtà. Dal punto di vista dell'ideologia, una separazione dei poteri, una ripartizione delle funzioni legislativa ed esecutiva fra vari organi non rispondono affatto all'idea che il popolo debba essere governato dallo stesso popolo. La conseguenza di questa tesi è, infatti, che tutti i poteri e quindi tutte le funzioni relative alla formazione della volontà statale devono essere riuniti nel popolo o nel parlamento che lo rappresenta. Inoltre, il fine politico per il quale sin da *Montesquieu*

è stato recitato il dogma della separazione dei poteri, non è stato affatto quello di preparare la via alla democrazia ma piuttosto quello contrario, cioè quello di dare al monarca, che il movimento democratico aveva quasi escluso dalla funzione legislativa, un'altra possibilità di spiegare il proprio potere nel settore esecutivo. Il dogma della separazione dei poteri è il punto centrale dell'ideologia della monarchia costiuzionale; donde scaturisce anche quella strana teoria costituzionale, cioè monarchista, della parità, equivalenza e indipendenza dell'esecuzione rispetto alla legislazione, del tutto incompatibile col concetto e con l'essenza di una esecuzione riservata al monarca. Ciononostante, la separazione dei poteri ha dato in effetti buona prova in senso democratico nel campo dell'organizzazione dello stato, sottraendo all'influenza diretta del governo l'importante fase della formazione della volontà generale dello stato, schiudendola all'influenza diretta dei destinatari delle norme e riducendo la funzione del governo alla esecuzione delle leggi ([5]).

Ciò non significa propriamente *minimizzare* il potere, per dirla con *Max Weber*; direi piuttosto che la somma delle energie sociali che si esprimono nel potere politico — se posso usare questa immagine — rimane costante nel passaggio da forme di governo autocratiche a forme di governo democratiche, che si tratta solo di una certa ripartizione del peso del potere, prima concentrato in un solo punto, che lo rende soggettivamente più tollerabile. La volontà di potere non diviene meno intensa per il fatto che nasce dal concorso di una pluralità di organi. Certo è però che l'idea della guida viene oscurata una volta che il governo è da concepire sottordinato ad un parlamento di molte centinaia di persone e che all'immagine di un capo che incarna, unico e solo, il potere, subentra quella di una pluralità d'individui che si dividono la funzione di guida, cioè di produzione della volontà direttiva.

([5]) Cfr. al riguardo la mia *Allgemeine Staatslehre*, 255 ss. (*Teoria generale*, cit., 286 ss.).

La creazione di questi numerosi capi diventa così il problema centrale della democrazia reale, che — in contrasto con la propria ideologia — non è una collettività priva di capi e si differenzia dalla autocrazia reale non già per la mancanza ma per l'abbondanza di capi. Sicché, come elemento essenziale della democrazia reale, ne deriva un metodo particolare di scelta dei capi dalla collettività dei governanti. Questo metodo è l'elezione. L'analisi sociologica di questa funzione ha un'importanza fondamentale per la conoscenza sostanziale della democrazia reale. E nei riguardi di questa speciale funzione della democrazia si ripropone il problema che è stato già prospettato nella fattispecie generale della democrazia: la divergenza tra l'ideologia e la realtà. Nell'ideologia democratica che le è propria, l'elezione vuol essere un trasferimento di volontà dall'elettore all'eletto. E, vista nella luce di questa ideologia, l'elezione — e quindi la democrazia che su di essa riposa — sarebbe una *impossibilità logica interna*; la volontà non è infatti trasferibile, *celui qui délègue, abdique*. Come *Rousseau* ha giustamente insegnato, non è possibile farsi rappresentare nella volontà. Solo che questa interpretazione ideologica dell'elezione risponde chiaramente all'intento di mantenere la finzione della libertà. Poiché la volontà, per restare libera, si deve determinare solo da sé, la volontà sovrana prodotta dagli eletti deve valere come volontà degli elettori. Donde l'identità fittizia di elettori e di eletti. L'interpretazione sociologica del significato dell'elezione non deve tuttavia lasciarsi fuorviare dalla sua ideologia soggettiva. Il vero significato di questa funzione è un altro: da un punto di vista meramente formale, essa si dimostra essenzialmente un metodo di creazione di organi, contrassegnato, rispetto agli altri, da due elementi. In primo luogo, non è una funzione semplice, ma una funzione composta, nella quale concorre una molteplicità di organi parziali. In secondo luogo, poi, l'organo creato mediante l'elezione è sovraordinato agli organi che lo creano, giacché con l'elezione si dà vita ad un organo che produce la volontà sovrana che assoggetta gli elettori, le norme che li vincolano.

Tenuto conto di questi due elementi, l'elezione sta in contrasto diretto con la nomina, metodo di creazione degli organi peculiare dell'autocrazia reale. Proprio il secondo dei due indicati caratteri dell'elezione — il fatto cioè che i governati producono il capo, coloro che sono soggetti alle norme, l'autorità che le pone — è al tempo stesso un motivo che conduce alla finzione ideologica del trasferimento di volontà. L'autorità sociale — come insegna l'esperienza psicologica o psicoanalitica — viene infatti immaginata come autorità paterna. Essa, al pari dell'autorità religiosa e al pari, del resto, di qualunque autorità, viene originariamente sperimentata come la prima autorità che entra nel divenire dell'uomo: come padre, padre della patria, Dio padre. E questa provenienza psicologica dell'autorità sociale impedisce di pensare che essa sia prodotta da coloro che vi sono sottoposti. Una simile idea equivarrebbe ad ammettere che il padre deriva dal figlio e il produttore dal prodotto. E come nelle condizioni primitive del totemismo i membri del clan, in certe feste orgiastiche, si mettono la maschera dell'animale sacro del totem, cioè del progenitore del clan, allo scopo di spogliarsi, per qualche momento, dei vincoli dell'ordinamento sociale assumendo essi stessi il ruolo di padre, così nell'ideologia democratica il popolo soggetto alle norme si riveste del carattere di un'autorità inalienabile, solo funzionalmente trasferibile e da rinnovare di volta in volta in capo agli eletti. Anche la dottrina della sovranità del popolo — per quanto affinata e spiritualizzata — è una maschera totemica.

L'immagine vera, però, insieme con i tratti formali già delineati, presenta questi altri: mediante l'*elezione* democratica, il capo non solo viene elevato al posto di comando dalla comunità sociale dei governati ma viene anche tratto da essa, dal suo interno. Ciò che *Max Weber* così felicemente chiama autocefalia è un tratto in larga misura caratteristico della democrazia reale e diversifica questa fattispecie da quell'organizzazione politica che va sotto il nome di autocrazia e che da poco si preferisce chiamare dittatura. L'ideologia di quest'ultima presenta il capo come un essere affatto diverso dalla collettività

sociale a lui soggetta, e quindi un essere più elevato, cinto dall'aureola di un'origine divina o di una forza magica. Secondo l'ideologia autocratica, il capo è un organo che non può essere prodotto dalla collettività. Egli dev'essere concepito come un potere dal quale, primissima, questa collettività è prodotta, un essere che nasce magari in un modo non accessibile all'intelletto umano. Nel sistema dell'ideologia autocratica, la provenienza, la scelta, la creazione del capo non costituiscono una questione ammissibile, comprensibile e men che mai risolvibile con gli strumenti della conoscenza razionale. La qualità di capo rappresenta qui un valore assoluto; e ciò si esprime nella divinizzazione del capo. La realtà, cioè la morte del capo, mette questa ideologia di fronte ad un problema estremamente penoso che — sul piano puramente ideologico — viene dissimulato indicando come vero sovrano non la persona fisica e mortale del monarca ma, come avviene, per esempio, nel diritto costituzionale ungherese, soltanto un'astrazione, l'eterna e sacra corona. La realtà mostra però che la carica può essere usurpata, donde una forma di autoproduzione dell'organo di comando; oppure che — nel caso di successione e qualora manchino una designazione del successore da parte del titolare della carica o un sistema ereditario — il capo può essere tratto da un altro popolo (eterocefalia).

Nel sistema dell'ideologia democratica, il problema della creazione dell'organo è al centro di valutazioni razionali. La qualità di capo non ha un valore assoluto ma un valore del tutto relativo: il capo vale solo per un certo tempo e solo per certi fini come *capo*; per il resto, è uguale agli altri e soggiace alla critica. Donde derivano pure, qui, la pubblicità degli atti dell'autorità, lì il principio della segretezza. Dal fatto che nell'autocrazia il capo trascende la collettività mentre nella democrazia è immanente ad essa deriva la conseguenza, così caratteristica per l'autocrazia, che l'individuo che esercita la funzione di comando viene rappresentato sempre al di sopra e mai al di sotto dell'ordinamento sociale e quindi è essenzialmente non responsabile, laddove la responsabilità del capo è

un contrassegno specifico della democrazia reale. Ma, soprattutto, poiché nella democrazia quella di capo non è una qualità soprannaturale ma capi si diventa, essa non è neppure monopolio di un singolo o di pochi individui. Il quadro della democrazia reale offre il fenomeno di un più o meno rapido mutamento di capi. Certo, anche qui si può constatare la tendenza del capo a restare in permanenza nella carica. Ma questa tendenza incontra resistenze che, non da ultimo, procedono dall'ideologia e che agiscono nello spirito degli individui come motivi del loro comportamento. La razionalizzazione della figura del capo, con le sue conseguenze di pubblicità, critica, responsabilità, l'idea della libera producibilità del capo rendono impossibile che il capo sia inamovibile. Tuttavia, nella misura in cui lo diventa, si modifica pure l'ideologia della posizione del capo. È pertanto caratteristico della democrazia reale un movimento di ascesa dalla collettività dei governati al posto di comando. (Per evitare equivoci, osserverei che qui non si parla della guida dei partiti, ma della guida dello stato, che si esprime nel governo).

Qui non sono in discussione i vantaggi e gli svantaggi di questo mutamento di capi. Ciò che importa è accertare questo movimento affatto caratteristico della democrazia reale, per il quale questa realtà politica si differenzia nettamente dall'autocrazia, nella quale non c'è nessuna possibilità di ascesa o ce ne sono ben poche e nella quale esistono rigidi vincoli in un rapporto di signoria relativamente immodificabile. Il metodo specificamente democratico di scelta dei capi significa pertanto, rispetto all'autocrazia, un sostanziale ampliamento del materiale posto a disposizione per la scelta, cioè delle personalità che concorrono al posto di comando. Se questo metodo garantisca senz'altro l'ascesa dei migliori ai posti di comando, è una questione posta continuamente sul tappeto contro la democrazia ma che mi sembra priva d'importanza in quanto, nel suo significato più profondo, non ammette una risposta. Essa infatti si risolve in definitiva nel chiedere che cosa è bene e che cosa è meglio. Essa viene posta — allo scopo di

invalidare l'ideale democratico — dai partigiani della dittatura autocratica. Ma proprio costoro non sono autorizzati a sollevare una simile questione. Com'è stato sopra dimostrato, il sistema autocratico non conosce in realtà alcun metodo di creazione dei capi, e stende su quello che è il problema più importante della politica quel velo mistico-religioso che nasconde al profano la nascita dell'eroe divino. E ciò, in effetti, significa che la risposta al problema chi debba essere il capo e come lo si diventi è lasciata alle combinazioni di potere.

Oltre che da una dinamica condizionata dal continuo mutamento dei capi, la democrazia è contrassegnata da un altro movimento. Questo non è, come quello finora descritto, un movimento di titolari di organi, un alternarsi d'individui che esercitano funzioni di comando, ma un movimento di natura spirituale, lo specifico processo nel quale si realizza il contenuto delle norme che determinano la funzione del capo (6). Questa funzione, com'è stato sopra mostrato, è l'esecuzione delle leggi. Senonché le leggi — in quanto si faccia riferimento al modello della democrazia parlamentare — vengono in essere come deliberazioni parlamentari adottate secondo il principio di maggioranza. E proprio a questo principio, così importante per la democrazia, vorrei ora dedicare alcune considerazioni.

Che il significato e la portata di questo principio siano tanto contestati deriva dalla mancanza di una sufficiente distinzione tra l'ideologia di questo meccanismo sociale e la sua reale efficacia. Sul piano logico, vale a dire nel sistema dell'ideologia democratica della libertà, ciò significa formazione di una volontà collettiva che sia il più possibile in accordo con la volontà degli individui che vi sono soggetti. Se la volontà col-

---

(6) Cfr. SMEND, *Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform* (*Festschrift für Wilhelm Kahl*), 1923, 22 ss. Smend scorge l'essenza del parlamentarismo nella circostanza che il fattore integrativo determinante è qui di tipo dinamico. Cfr. in proposito la mia *Allgemeine Staatslehre*, 326 s. (*Teoria generale*, cit., 294 ss.).

lettiva concorda con la volontà individuale più di quanto vi contrasti — è questo il caso di una deliberazione di maggioranza — è raggiunto il massimo possibile valore della libertà, di una libertà presupposta come autodeterminazione. È la formazione della volontà collettiva nei termini della minore possibile resistenza (7). Se si abbandona la finzione corrente per la quale la maggioranza rappresenta anche la minoranza e la volontà della maggioranza è una volontà generale, allora il principio di maggioranza appare come il principio del dominio della maggioranza sulla minoranza. Ma in effetti per lo più non è così. Anzitutto, la realtà sociale si oppone a ciò che talora è stato molto felicemente chiamato il *capriccio dell'aritmetica*. La maggioranza numerica non è importante, in effetti, e — nel pieno riconoscimento del principio di maggioranza — anche la minoranza numerica può dominare sulla maggioranza numerica: sia in modo mascherato, in quanto il gruppo al potere è solo in apparenza il gruppo di maggioranza, in forza di una qualche tecnica elettorale; sia in modo del tutto manifesto, nel caso del c.d. governo di minoranza; e ciò, se contrasta con l'ideologia del principio di maggioranza e della democrazia, è però del tutto compatibile col tipo reale di quest'ultima. Ai fini di un esame che punti sulla realtà sociale, l'importanza del principio di maggioranza non sta nel fatto che la volontà della maggioranza numerica ha la meglio su quella della minoranza numerica, ma nel fatto che con l'accettazione di quest'idea, sotto l'effetto di questa ideologia, gli individui che formano la comunità si dividono sostanzialmente in due gruppi. Ciò che importa è che tale tendenza a formare, a conquistare la maggioranza, ha l'effetto che alla fine, in buona sostanza, solo due gruppi restano a contendersi il dominio e le numerose spinte alla diversificazione e alla scissione che agiscono all'interno della società si riducono ad una sola fondamentale opposizione. I due gruppi possono essere più o meno diversi quanto a forza nume-

(7) V. al riguardo la mia *Allgemeine Staatslehre*, 322 ss. (*Teoria generale*, cit., 291 ss.).

rica, ma non si differenziano troppo nella loro importanza politica, nella loro potenza sociale. Ed è anzitutto questa forza dell'integrazione sociale che caratterizza sociologicamente il principio di maggioranza.

L'efficacia del principio di maggioranza non dipende dalla maggioranza numerica ma è intimamente connessa col fatto che nella realtà sociale non esiste un dominio assoluto della maggioranza sulla minoranza, in quanto la volontà collettiva formata secondo il principio di maggioranza si presenta non già come imposizione della maggioranza ma come risultato della reciproca influenza dei due gruppi, come risultante dei loro contrastanti orientamenti politici. Una dittatura della maggioranza sulla minoranza non è, alla lunga, possibile, per il semplice fatto che una minoranza condannata a non avere alcuna influenza, rinuncia alla fine a quella che è una partecipazione solo formale alla creazione della volontà collettiva e quindi non solo per essa inutile ma persino dannosa; e con ciò essa toglie alla maggioranza — concettualmente impossibile senza una minoranza — il carattere suo proprio. Ora, precisamente questa possibilità costituisce per la minoranza un mezzo per influire sulle deliberazioni della maggioranza. E ciò vale in modo affatto particolare per la democrazia parlamentare. Tutto il procedimento parlamentare, con la sua tecnica dialettico-contraddittoria, fondata su discorsi e repliche, argomentazioni e controargomentazioni, è infatti rivolto al raggiungimento di un compromesso. Il vero significato del principio di maggioranza nella democrazia reale, che si potrebbe quindi meglio chiamare principio di maggioranza-minoranza, consiste in ciò, che dividendo la collettività di coloro che sono soggetti alle norme essenzialmente in due gruppi, maggioranza e minoranza, esso crea la possibilità del compromesso nella formazione della volontà collettiva, dopo aver preparato quest'ultima integrazione con la costrizione al compromesso, che solo rende possibile la formazione dei gruppi di maggioranza e di minoranza. Compromesso significa rinunzia a ciò che separa in favore di ciò che unisce. Ogni

scambio, ogni contratto, è un compromesso; compromesso significa quindi mettersi d'accordo.

Anche qui si manifesta una chiara differenza tra il tipo reale della democrazia e quello dell'autocrazia, dove nella formazione della volontà direttiva statale non esiste o è scarsa la possibilità di comporre orientamenti politici contrastanti, giacché manca addirittura la possibilità di correnti e controcorrenti politiche. Democrazia e autocrazia si distinguono quindi per la diversità delle rispettive situazioni politico-spirituali. Mentre la meccanica delle istituzioni democratiche mira direttamente a sollevare la passione politica delle masse alle soglie della coscienza sociale per farla qui placare, nell'autocrazia l'equilibrio sociale riposa, all'opposto, sulla repressione della passione politica in una sfera che, in termini di psicologia individuale, si potrebbe paragonare al subcosciente. Donde — se si vuole fare un'applicazione pratica della teoria della repressione della moderna psicoanalisi — scaturisce senz'altro una rafforzata disposizione alla rivoluzione. Sicché nell'autocrazia, anche la soggezione del singolo individuo alla volontà d'imperio ha un significato alquanto diverso che nella democrazia o, meglio, è in generale accompagnata da un'altra tonalità spirituale. La coscienza che la legge cui mi devo piegare è stata deliberata da coloro che io ho eletto, che essa è stata adottata col loro consenso o almeno con la loro maggiore o minore partecipazione alla determinazione del suo contenuto, crea forse una certa disposizione all'obbedienza, che certo non può mancare neppure nella dittatura ma che là deriva da altre fonti psicologiche. La teoria democratica del *contrat social*, la dottrina del contratto di stato, è certo una finzione ideologica. Ma nella realtà psicologica della democrazia la situazione di equilibrio sociale riposa forse più su un reciproco accordo che nell'autocrazia reale della dittatura, dove si tratta solo di sopportare il comune peso del potere.

Alla democrazia costituita sul principio di maggioranza, alla democrazia formale, borghese, il marxismo oppone la

democrazia sociale, proletaria, intendendo come tale un ordinamento sociale che garantisce ai soggetti non solo una partecipazione formalmente uguale alla produzione della volontà collettiva, ma anche una quantità di beni in certo senso uguale. Questa contrapposizione dev'essere respinta nel modo più deciso. È in primo luogo il valore della libertà che determina l'idea della democrazia, non quello dell'uguaglianza. Anche l'idea di uguaglianza svolge la sua funzione nell'ideologia democratica, ma solo in senso affatto negativo, formale e secondario. Poiché tutti devono essere liberi il più possibile e quindi ugualmente liberi, tutti devono partecipare alla formazione della volontà statale e parteciparvi quindi in misura uguale. La lotta per la democrazia è storicamente una lotta per la libertà politica, cioè per la partecipazione del popolo all'attività legislativa ed esecutiva. Che l'idea di uguaglianza, in quanto è qualcosa di diverso dall'idea di uguaglianza formale nella libertà, cioè dell'eguale autorizzazione politica, non abbia nulla a che fare con il concetto di democrazia, è provato nel modo più chiaro dal fatto che l'uguaglianza nel senso di un essere-uguali di tutti non sul piano formale e politico ma sul piano materiale ed economico, può essere realizzata anche in una forma di governo diversa da quella democratica, e precisamente nella forma di governo autocratico-dittatoriale, e in questa forse anche meglio che in quella. Tralasciando completamente il fatto che per uguale quantità di beni che la democrazia *sociale* dovrebbe assicurare a tutti i cittadini si vuole sempre intendere anche una quantità cospicua, il concetto di uguaglianza può assumere significati così diversi che è semplicemente impossibile collegarlo con un termine relativamente univoco com'è quello di democrazia. Tale *uguaglianza* vuol dire la stessa cosa di giustizia ed è polisensa, al pari di questa. La teoria marxista, o quanto meno una certa sua nuova corrente ([8]), e in particolare la dot-

---

([8]) ADLER, *Die Staatsauffassung des Marxismus*, in *Marx-Studien*, herausgeg. von Max Adler und Rudolf Hilferding, IV Band, 2. Hälfte,

trina bolscevica, proprio col nome di democrazia, vogliono sostituire l'ideologia della libertà con l'ideologia della giustizia. È però un evidente abuso terminologico adoperare la parola democrazia, che — tanto sul piano ideologico quanto su quello reale — rappresenta un determinato metodo di produzione dell'ordinamento sociale, per indicare un contenuto di questo ordinamento che non sta in rapporto necessario con il suo metodo di produzione. Una simile manipolazione terminologica ha, se non proprio l'intenzione, certo l'effetto preoccupante che la grande forza di giustificazione e tutta la carica sentimentale che la parola democrazia trae con sé grazie alla ideologia della libertà, torni a profitto di una situazione politica di pronunciata dittatura. Sulla base di questo concetto di democrazia sociale contrapposto a quello di democrazia formale, si nega semplicemente la differenza tra democrazia e dittatura e si dichiara la dittatura, che si presume attui la giustizia, come *vera* democrazia. E ciò con l'effetto ulteriore di sminuire ingiustamente l'odierna democrazia e con essa il merito del gruppo che l'ha prodotta in parte contro i propri interessi materiali.

La teoria marxista afferma che il principio di maggioranza potrebbe avere applicazione solo in una società fondata sulla totale comunione d'interessi dei suoi membri e non in una società divisa dal contrasto di classe, in quanto sarebbe adatto per il superamento di divergenze di opinione secondarie, per così dire meramente tecniche e non per il componimento di conflitti d'interessi vitali. Senonché, a ciò si deve obiettare che non esiste una società umana in cui vi sia, *a priori*, una sostanziale armonia d'interessi, che quest'armonia dev'essere piuttosto creata mediante compromessi durevoli e da rinnovare continuamente, giacché anche le più secondarie divergenze di

---

1922, 116 ss. (*La concezione dello stato nel marxismo*, con introduzione di R. Racinaro, Bari, 1979, 112 ss.). Cfr. al riguardo il mio scritto *Sozialismus und Staat*, 2ª ed., 1923, 153 ss. (*Socialismo e stato*, con introduzione di R. Racinaro, Bari, 1978, 150 ss.).

opinioni possono diventare conflitti d'interessi vitali. Il rifiuto del principio di maggioranza come fondamento della democrazia e, in particolare, il rifiuto del parlamentarismo per la società divisa in classi riposano non tanto su un esame spassionato dell'insufficienza del principio democratico in questo caso, quanto piuttosto sulla volontà — non giustificabile sul piano razionale — di superare il contrasto di classe non mediante un pacifico componimento ma per via rivoluzionaria, non democraticamente ma in modo autocratico-dittatoriale. Si rinuncia al principio di maggioranza perché — a torto o a ragione — si rinuncia al compromesso cui quel principio fa da presupposto. Ma se è vero ciò che insegna la concezione materialistica della storia, che cioè lo sviluppo della società conduce inevitabilmente ad una situazione in cui sostanzialmente solo due gruppi si contrappongono come classi che hanno interessi in contrasto, e se è vero quello che un teorico marxista ha di recente dimostrato (9), che cioè nel rapporto fra queste classi si può e — come a me pare — si deve necessariamente raggiungere, e si è spesso raggiunta, una situazione di equilibrio, il cui turbamento o la cui eliminazione dal punto di vista economico è difficile attendersi entro un tempo prevedibile; se è vero tutto questo, allora per la teoria socialista il problema non sta più nei termini in cui è stato così spesso posto, cioè nell'alternativa tra democrazia formale e dittatura sociale. Allora, infatti, la democrazia, e precisamente la cosiddetta democrazia formale, la cui struttura reale, materiale abbiamo cercato di definire, è l'unica espressione naturale e adeguata della situazione di forza in fatto esistente, allora essa è la forma di espressione politica che una siffatta situazione sociale cercherà sempre contro i tentativi, talora episodicamente forse riusciti, della dittatura. Allora la democrazia è il

---

(9) BAUER, *Die österreichische Revolution*, 1923, par. 16. V. anche la mia recensione di questo scritto su *Kampf*, 1924, 50 e la replica di Bauer dal titolo *Das Gleichgewicht der Klassenkräfte*, ivi, 57 ss., come pure ADLER, *Politische oder soziale Demokratie*, 1926, 112 ss.

punto di pausa al quale il pendolo politico deve sempre ritornare. E se, come la critica marxista della cosiddetta democrazia borghese sottolinea energicamente, si tratta di rapporti sociali di forza in fatto esistenti, allora la forma di governo democratico-parlamentare, con il suo principio di maggioranza e minoranza che costituisce essenzialmente un'articolazione in due parti, è la *vera* espressione della società di oggi divisa essenzialmente in due classi. E se c'è una forma che dia la possibilità non di spingere alla catastrofe per via rivoluzionaria e cruenta ma di comporre pacificamente e gradualmente un contrasto poderoso che può addolorare ma che non si può negare, essa è la forma della democrazia parlamentare, la cui ideologia, invero, è una libertà non raggiungibile nella realtà sociale, ma la cui realtà è la pace.

II

FORME DI GOVERNO E CONCEZIONI DEL MONDO

1. L'ideale politico del XIX secolo fu — a partire dalla grande rivoluzione francese — la democrazia. Certamente, anche nell'ambito della civiltà occidentale forze non trascurabili lavoravano per il mantenimento del principio monarchico; ma erano considerate reazionarie. Sul futuro dominava l'idea dello stato democratico. Essa conquistava tutti coloro che credevano nel progresso, che volevano un maggiore sviluppo sociale. Per quest'idea lottava soprattutto la giovane, emergente borghesia.

Nel secolo XX — a partire dalla grande guerra — le cose sono cambiate. In un primo momento, l'attuazione del principio democratico ha ricevuto una spinta eccezionale. Gli stati di nuova formazione si sono dati costituzioni democratiche e l'Impero tedesco, uno degli ultimi potenti bastioni della monarchia, è divenuto una repubblica. In pari tempo però — con la creazione dell'Unione sovietica in Russia e dello stato fascista in Italia — subentra un nuovo movimento politico e spirituale, orientato direttamente e nel modo più energico contro la democrazia. Il cui ideale impallidisce; e sul buio orizzonte del nostro tempo sale un nuovo astro, al quale tanto più si rivolgono fiduciose le speranze non solo della borghesia ma anche di una parte delle masse proletarie quanto più insanguinata è la luce che esso proietta: la dittatura.

Poiché in questa sede non s'intende fare un appassionato proclama politico ma far sentire la fredda voce della scienza, scopo della presente ricerca non è quello di prendere deliberatamente posizione tra questi due ideali così contrastanti, ma solo quello di distinguerli sul piano conoscitivo. Non si tratta di difendere o di avversare l'uno o l'altro di questi due tipi fondamentali di organizzazione statale, anzi sociale, ma di comprenderli entrambi, di penetrarne l'essenza, coglierne le

radici. Non basta a tal fine descrivere le fattispecie esterne in cui si manifestano tipicamente i contrastanti principi organizzativi della democrazia e dell'autocrazia. Se infatti si osserva che tutta la storia dell'umanità, in quanto storia dell'organizzazione umana, non è che una eterna lotta tra la volontà di dominio del singolo che cerca di assoggettare gli altri, i molti, e l'aspirazione dei molti a liberarsi dal dominio altrui, a determinare da sé il proprio destino; se si riconosce che nella storia dello spirito che accompagna il reale movimento storico — e in effetti, al di sopra degli uomini che sulla terra lottano per il potere, si combattono (per così dire, nell'aria) le loro idee e ideologie — che in questa storia dello spirito, ripeto, la lotta per il valore della democrazia e dell'autocrazia non è meno incerta; che, cominciata anche qui sempre di nuovo e perduta ora dall'una ora dall'altra, dev'essere ancor nuovamente ricominciata, si accederà all'idea che — almeno per le parti in lotta — non si tratta di un semplice problema tecnico-sociale, si tratta di qualcosa di più di due diversi metodi organizzativi. È troppo vistoso il parallelo tra la problematica politica e quella filosofica.

2. Che tra la teoria dello stato o della società e l'etica vi sia un intimo rapporto, non deve far meraviglia. Esse, infatti, non possono essere sostanzialmente separate, essendo quella solo un settore di questa. Più importante è invece la perfetta analogia che esiste tra l'atteggiamento proprio della teoria dello stato o della società e quello della gnoseologia. Il nocciolo di ogni ragionamento etico-politico è il rapporto tra il soggetto e l'oggetto del potere, il senso di ogni speculazione gnoseologica è il rapporto tra il soggetto e l'oggetto della conoscenza. E il modo in cui qui — nel campo della conoscenza — il soggetto s'impadronisce dell'oggetto o viene compreso da questo, ove si spinga l'analisi in profondità, si avvicina in misura assai considerevole al rapporto di potere, oggetto della politica. Donde, qui come là, un numero aprioristicamente limitato di problematiche e di soluzioni e l'impossibilità di eliminare il

contrasto in cui entrambe vengono a porsi; e, qui come là, l'eterno ritorno, il quasi monotono avvicendarsi degli stessi teoremi, quasi l'impressione che lo spirito umano, in politica e in filosofia, diversamente che nelle scienze della natura e nella tecnica, debba girare sempre in tondo.

Tra politica e filosofia non esiste però solo un parallelo esteriore, ma un'intima connessione. Poiché al centro dell'una e dell'altra sta un rapporto di soggetto e oggetto, la natura del soggetto che fa politica o filosofia, la sua iniziale disposizione hanno un'importanza decisiva nella formazione dell'idea di questo soggetto intorno al proprio rapporto con l'oggetto del potere o della conoscenza. La radice comune ad ogni credo politico e ad ogni convincimento filosofico è sempre la struttura spirituale, il carattere del politico o del filosofo, il modo d'essere del suo io, cioè il modo in cui questo io sperimenta se stessa in rapporto all'oggetto, al tu o all'*es*. Solo se si riconosce qui, nelle peculiarità degli individui medesimi, l'origine ultima della struttura dei loro sistemi politici e filosofici, si possono spiegare l'insuperabilità dei contrasti, l'impossibilità di una completa reciproca comprensione, la foga irritata con la quale — anche nel campo dello spirito, come divergenze di opinioni e non come conflitti di potere — questi contrasti si fanno sentire. Una tipologia delle dottrine politiche e filosofiche non può non sfociare in definitiva in una caratteriologia o cercare di collegarsi con essa. Poiché è lo stesso individuo che, come si forma un giudizio sui propri rapporti col prossimo e sull'ordinamento di questi rapporti, così si fa pure un'idea dei propri rapporti col mondo e della possibilità di conoscerlo, possiamo ritenere che ad una determinata concezione della vita e in particolare ad una determinata concezione politica venga associata una determinata corrispondente concezione del mondo. Ma proprio perché *l'uomo non è un libro pensato a tavolino* ma *l'uomo con tutte le sue contraddizioni*, nel quale il desiderio di organizzare praticamente la propria vita si unisce con una visione del mondo, non dobbiamo aspettarci che sempre, senza eccezioni, un determinato ideale politico si

riunisca con le convinzioni filosofiche ad esso adeguate. Sarebbe un malinteso ritenere che chi è incline ad una determinata posizione filosofica, in particolare nel campo gnoseologico, debba necessariamente intrattenere anche l'opinione politica corrispondente. Nella teoria dello spirito, è certamente possibile dimostrare questa connessione; e indicherò a tale proposito alcuni esempi particolarmente rappresentativi. Non bisogna tuttavia ignorare l'esistenza di attivissime forze che interrompono tale connessione, che impediscono alla veduta politica di riunirsi con la relativa veduta filosofica e alla veduta filosofica di riunirsi con la relativa veduta politica. Nel cercare di scoprire i rapporti che intercorrono tra forme di governo e concezioni del mondo non bisogna anzitutto dimenticare che, nella sua essenza profonda, l'uomo non è razionale e pertanto non è logico, e che il volere umano ha la possibilità d'imprimere anche al giudizio una direzione contraria non solo all'originaria inclinazione ma anche ai postulati della coerenza. Bisogna tener conto delle circostanze esterne che, se anche non pongono alcun limite alla speculazione filosofica, possono tuttavia annullare o pregiudicare la libertà dell'opinione politica. Bisogna prestare la massima attenzione al fatto che i giudizi politici di valore e, in particolare, la scelta tra democrazia e autocrazia molto spesso non sono fondati su una analisi completa dei fatti né su uno scrupoloso esame di coscienza, ma sono il prodotto di una situazione momentanea, e perfino di uno stato d'animo passeggero. Né è da sottovalutare un'oscillazione, regolare quasi come una legge, dovuta al fatto che ogni regime politico trae inevitabilmente con sé un'opposizione. È naturale, infatti, che gli scontenti, in un regime democratico, saranno a favore dell'autocrazia e, in un regime autocratico, parteggeranno per la democrazia. Ma sono a volte questi stessi scontenti — scontenti forse anche a ragione — che si schierano sempre contro le idee politiche di volta in volta realizzate e a favore di quelle non ancora o non più realizzate. Molti, oggi profondamente convinti che la democrazia è all'origine di tutti i mali e che invocano

quindi la dittatura, in uno stato di polizia sarebbero verosimilmente dei liberaldemocratici e nel 1848 avrebbero combattuto sulle barricate per il tricolore della repubblica tedesca; nel 1948 saranno verosimilmente dallo stesso lato della barricata. Si tratta certo di piccoli spiriti, e non si perde molto portandoli ad esempio. Negli spiriti grandi però non è a volte possibile dimostrare la ricercata connessione tra vedute politiche e vedute filosofiche, per il fatto che i filosofi non hanno sviluppato un sistema di politica e i pratici e i teorici della politica non sono pervenuti ad una cosciente problematica filosofica.

Solo entro questi limiti si può quindi affermare l'esistenza di una connessione tra credo politico e credo filosofico.

Allo scopo di mostrarla, bisogna esporre anzitutto l'essenza di entrambe queste forme primigenie di organizzazione sociale, in modo da descriverne il tipo ideale, cioè l'idea di democrazia e l'idea di autocrazia quali non si sono attuate pienamente mai e in nessun luogo ma quali bisogna tuttavia presupporle per comprendere la realtà politica, che ora si accosta di più all'una, ora di più all'altra idea. Questa realtà offre sempre una mescolanza di elementi propri di entrambe, nella quale prevalgono ora quelli dell'uno ora quelli dell'altro tipo ideale.

3. L'idea di democrazia è l'idea di libertà come autodeterminazione politica. Essa si esprime relativamente allo stato puro dove l'ordinamento statale è prodotto direttamente da coloro che vi sono soggetti, dove il popolo delibera nell'assemblea dei cittadini le norme della loro condotta. Il fatto che al posto dell'assemblea popolare subentri un parlamento eletto dal popolo — sia pure secondo il principio del voto generale — e che l'autodeterminazione sia pertanto limitata alla creazione dell'organo che produce l'ordinamento statale è già un indebolimento di questo principio di autonomia, appena mascherato dalla finzione della rappresentanza. L'essenza della democrazia non può essere tuttavia compresa appieno sulla sola base dell'idea di libertà. Quest'ultima, presa di per sé, non

può certamente fondare un ordinamento sociale, il cui significato essenziale sta in un vincolo e che solo in quanto vincolo normativo costituisce il rapporto sociale, la comunità. Il senso più profondo del principio democratico è che il soggetto politico vuole la libertà non solo per sé ma anche per gli altri, l'io la vuole anche per il tu: e ciò perché l'io percepisce il tu come identico a sé. Così, affinché si pervenga al concetto di forma sociale democratica, è necessario che all'idea di libertà si aggiunga, limitandola, l'idea di uguaglianza. E il principio di maggioranza, così caratteristico della democrazia, si giustifica solo in base a questo particolare collegamento della libertà con l'uguaglianza. Poiché il principio dell'unanimità dei voti, che solo risponde in pieno all'idea di libertà, renderebbe impossibile la formazione di una volontà collettiva e quindi di una comunità, mentre la comunità resta un obiettivo necessario proprio a causa dell'identità dell'io e del tu, la pretesa che tutti siano liberi deve cedere alla pretesa che sia libero il maggior numero possibile d'individui, che cioè in sede di autodeterminazione con la volontà collettiva si accordi la volontà del maggior numero possibile e vi contrasti la volontà del minor numero possibile d'individui. Ma poiché tutti sono uguali e non importa quindi che sia libero questo o quell'individuo ma solo che sia libero il maggior numero possibile d'individui, è raggiunto il richiesto massimo di libertà, e quindi il minimo di potere, allorché la volontà collettiva è determinata dalla volontà della maggioranza dei membri della comunità.

Se si chiede a quale tipo caratteriologico si attagli una simile veduta politica, nella quale l'anelito per la libertà viene modificato dal sentimento di uguaglianza, si può rispondere che è chiaramente quello in cui l'esperienza del proprio *io* non è così elementare, così diversa da tutte le altre esperienze, dall'esperienza di tutti gli altri, dall'esperienza del non-io, che l'io non possa, immedesimandosi, onorare la pretesa del tu di essere riconosciuto come un io. È il tipo di personalità la cui esperienza fondamentale è il *Tat wam asi*, l'uomo che, ve-

dendosi accanto l'altro uomo, avverte una voce interiore che gli dice: questo sei tu. Questo tipo di personalità si riconosce nell'altro, sperimenta *a priori* l'altro non come un essere estraneo, un nemico, ma come un uguale e quindi un amico, sperimenta il proprio io non come qualcosa di unico, di assolutamente incompatibile e irripetibile. È il tipo che ha un sentimento dell'io relativamente debole, il tipo dell'uomo il cui istinto aggressivo primario non è tanto rivolto verso l'esterno quanto verso l'interno e si esprime in una tendenza all'autocritica e in una elevata disposizione al sentimento della colpa e alla coscienza della responsabilità. E non è così paradossale, come a prima vista potrebbe sembrare, che proprio al tipo che ha una coscienza di sé relativamente debole si addica una forma politica che si caratterizza come minimizzazione del potere. L'atteggiamento del soggetto sul problema del potere, che è il problema fondamentale della politica, è infatti essenzialmente determinato dall'intensità con la quale la volontà di dominio agisce nell'individuo medesimo. In una forma di governo che approva, l'individuo tende però ad identificarsi con l'autorità anche come soggetto ad essa sottoposto.

Quanto più forte è questa volontà di dominio, tanto minore è il valore che si attribuisce alla libertà. Totale negazione del valore della libertà, massimizzazione del potere: è questa l'idea di autocrazia. Qui l'ordinamento statale è prodotto da un solo individuo, cui sono sottoposti tutti gli altri — completamente esclusi dalla formazione della volontà collettiva — e che, rispetto a tutti gli altri, si pone come affatto diverso perché unico, come signore e capo. La radicale disuguaglianza tra chi domina e chi è dominato è il presupposto di questa forma di governo, che risponde sul piano caratteriologico al tipo che ha una forte coscienza dell'io. L'incapacità o magari l'avversione a riconoscere il tu come essere simile all'io originariamente sperimentato, inducono questo tipo di uomo a considerare l'uguaglianza un ideale nella stessa misura in cui, data la sua forte aggressività e la sua intensa aspirazione al potere, la libertà o la pace sono per lui valori politici. Uno dei modi

caratteristici per accrescere la coscienza di sé sta in ciò che il soggetto s'identifica col proprio super-io, con l'io ideale e che il dittatore dotato di poteri illimitati rappresenta per esso l'io ideale. Non è affatto una contraddizione ma — dal punto di vista psicologico — solo una naturale conseguenza che proprio questo tipo sia un fanatico della più rigida disciplina, anzi della cieca obbedienza, e trovi in effetti la propria felicità nell'ubbidire non meno che nel comandare. L'identificazione con l'autorità è il segreto dell'obbedienza.

4. La democrazia, che con la sua limitazione dell'autorità, rappresenta anche un allentamento della disciplina, poiché non è certamente un dominio assoluto non è neppure un dominio assoluto della maggioronza. Il dominio della maggioranza si distingue infatti da ogni altro dominio per il fatto che essa non solo presuppone concettualmente un'opposizione in quanto presuppone una minoranza, ma la riconosce anche politicamente giustificata e anzi la tutela, dal momento che la democrazia sviluppa istituti che garantiscono un minimo di esistenza e di possibilità d'azione ai gruppi religiosi, nazionali, economici, anche quando vi appartenga solo una minoranza, anzi proprio perché sono gruppi di minoranza. Dalla continua tensione tra maggioranza e minoranza, governo e opposizione, essenziale per la democrazia, nasce il procedimento dialettico di formazione della volontà così caratteristico di questa forma di governo. Democrazia — com'è stato giustamente detto — significa discussione. E proprio perciò il risultato del processo in cui si forma qui la volontà dello stato è il compromesso. Poiché questo assicura la pace interna, il carattere pacifico lo preferisce alla violenza sull'avversario, ove mai questa sia possibile. Appartengono quindi al principio vitale di ogni democrazia non certo, com'è stato a volte ritenuto, la libertà economica del liberalismo — giacché vi possono essere una democrazia liberale e una democrazia socialista — ma la libertà spirituale, la libertà di manifestazione del pensiero, la libertà di religione e di coscienza, il principio di tolleranza e, in

particolare, la libertà della scienza unita alla fede nella sua possibile obiettività. Le costituzioni di tutte le democrazie sono testimonianze di questo spirito. E quest'atteggiamento, specie nei riguardi della scienza, risponde in pieno al tipo caratteriologico qui descritto come specificamente democratico. Nel grande dilemma tra volere e conoscere, tra l'istinto di dominare il mondo e quello di conoscerlo, il pendolo batte più nel senso del conoscere che del volere, più dalla parte del comprendere che del dominare; proprio perché qui il desiderio di potere e l'intensità dell'esperienza dell'io, del valore-soggetto che in esso si esprime, sono relativamente deboli, la critica razionale e quindi anche l'autocritica relativamente forti, mentre è relativamente elevato il valore-oggetto ed esiste quindi la fede in una scienza critica e pertanto obiettiva.

Nell'autocrazia non è ammessa alcuna forma di opposizione; non esiste alcuna forma di discussione o di compromesso, ma solo il diktat. Qui non si può pertanto neppure parlare di libertà di opinione, di religione, di coscienza, né di tolleranza. Il primato del volere sul conoscere ha come conseguenza che può essere considerato vero solo ciò che è bene; ciò che è bene è però stabilito dall'autorità statale, cui devono sottostare non solo la volontà ma anche l'opinione e la fede dei sudditi; sicché chi contraddice l'autorità non solo compie un atto illegale ma sta nell'errore. È quindi evidente che in questo sistema politico anche la libertà scientifica viene direttamente o indirettamente soppressa. In quanto, con i suoi risultati, serva in qualche modo gli interessi del potere, può essere tollerata come suo docile strumento. E nulla esprime in modo più significativo il subentrare di un atteggiamento spirituale incline all'autocrazia del fatto che cominci a svanire la fede nella possibilità di una scienza indipendente dagli interessi politici e quindi degna della libertà, che l'ideale dell'obiettività della scienza venga abbandonato in favore di altri ideali. Un tale movimento si accompagna di regola ad una sopravvalutazione dell'irrazionale rispetto a ciò che è razio-

nale. Nel conflitto inevitabile tra scienza e religione, questa afferma il proprio primato nei confronti di quella.

5. La razionalità della democrazia appare tuttavia particolarmente chiara nella sua tendenza a costruire l'ordinamento statale come un sistema di norme generali, possibilmente scritte, affidate a precise statuizioni, attraverso le quali vengono determinati nella misura più ampia, e diventano quindi calcolabili, gli atti individuali di giurisdizione e di amministrazione. La democrazia tende a spostare l'importanza delle funzioni statali sulla legislazione, a diventare stato di leggi. L'ideale della legalità gioca qui un ruolo decisivo e con esso l'idea che gli atti statali individuali possano trovare — nella loro legittimità — una giustificazione razionale. La certezza del diritto ha qui la precedenza sulla giustizia, considerata problematica, e si è più propensi al positivismo giuridico che al diritto naturale. L'autocrazia disdegna una simile razionalizzazione dell'ordinamento della comunità. Essa evita il più possibile di vincolare il « principe » e i suoi collaboratori, i quali — da lui nominati — sono soltanto suoi rappresentanti, posti al suo personale servizio, e non, come nella democrazia, organi dello stato. Il concreto atto statale appare non come esecuzione, calcolabile in anticipo, di una legge — che essenzialmente lo preforma — ma creazione libera, intuitiva del principe o dei suoi organi. Una delle massime fondamentali dell'autocrazia è di assicurare all'apparato statale, identificato col principe, il più ampio potere discrezionale. Non mancano certamente le leggi, ma il principe ha la illimitata facoltà di derogarvi a suo piacimento nel caso concreto. E ogni espressione del potere statale si presenta con la pretesa di realizzare la giustizia, una giustizia che non riesce ad esprimersi razionalmente in leggi valide per tutti ma si manifesta solo di volta in volta, in totale aderenza alle peculiarità del caso. Il possesso di questa giustizia, di questa virtù, di questa capacità e grazia divine, è però qualità intrasmissibile del capo, legittimazione del suo potere dittatoriale. Ogni sistema autocratico si rifiuta quindi

di sviluppare un programma razionale, come fa il sistema democratico. E quando, contro la sua natura, è costretto a predisporne uno, il programma o è completamente privo di contenuto o è contraddittorio. La giustificazione che si adduce di fronte alle critiche formulate è che il programma non contiene e non potrebbe contenere l'essenziale, giacché la vita che palpita non si lascia né racchiudere né regolare da norme generali e tutto sta invece nella concretezza del singolo caso, nel segreto del *kairós* creativo.

Poiché nella democrazia ciò che importa è la certezza del diritto, e quindi la legittimità e calcolabilità delle funzioni statali, c'è qui una forte tendenza a creare istituzioni di controllo come garanzie della richiesta legalità. Conseguentemente vi domina — quale garanzia più efficace — il principio della pubblicità. La tendenza ad agire allo scoperto è peculiare della democrazia e induce i critici superficiali o malevoli di questa forma di governo ad assumere precipitosamente che alcuni inconvenienti politici, in particolare, la corruzione, sono qui più frequenti che nell'autocrazia, dove in realtà restano solo celati in quanto vige l'opposto sistema di governo: assenza di controlli — che potrebbero, si dice, solo intralciare le funzioni statali — mancanza di pubblicità e, invece, sforzo di mantenere il timore reverenziale nei riguardi dell'autorità statale e nell'interesse della medesima e di rafforzare la disciplina degli impiegati e l'obbedienza dei sudditi: in breve, di nascondere. Mentre nella democrazia, ad una disposizione d'animo fondamentalmente critico-razionale si accompagna un atteggiamento antideologico o non molto favorevole alle ideologie, l'autocrazia mira con tutte le proprie energie a circondarsi di ideologie, specificamente mistico-religiose, e contro i tentativi di contrastare le idee che ne sostengono il potere procede con durezza maggiore che contro la lesione dei propri immediati e concreti interessi di potere. La lotta nella quale la democrazia vince l'autocrazia è in buona parte una lotta sostenuta nel segno della ragion critica come istanza suprema contro le ideologie, che invece si appellano alle forze irrazionali dell'anima uma-

na. Ma poiché nessun potere può rinunciare del tutto alle ideologie che lo giustificano e lo trasfigurano, anche le democrazie, o meglio coloro che nelle democrazie hanno il potere, si servono di tali ideologie. Si tratta però di ideologie più vicine alla realtà, più razionali e quindi più deboli rispetto a quelle dell'autocrazia, la quale, esercitando un potere più intenso, ha anche bisogno di un velo più fitto per nascondere la propria reale natura. Non si può negare che a volte nei regimi democratici vengano utilizzate le stesse ideologie alle quali le autocrazie devono o ritengono di dovere il proprio successo: per esempio, l'ideologia che la volontà di chi comanda è manifestazione diretta della volontà divina. Ma l'affermazione che la voce del popolo sia voce di Dio non ha mai avuto un credito adeguato. Ciò che si può presentare alla massa come il carisma di un unico capo non si può facilmente applicare ai molti, ai troppi, al signor Rossi: si tratta di un rapporto squisitamente personale con l'assoluto, con la divinità, della quale l'autocrate si presenta come messaggero, strumento, discendente. Se la democrazia, razionalistica nella sua essenza più profonda, volesse legittimarsi in questo modo, sarebbe forse da paragonare all'asino nella pelle del leone.

6. Questa differenza tra democrazia e autocrazia si manifesta anche nella diversa formulazione del problema del capo. Nell'ideologia autocratica, il capo è un valore assoluto. In quanto ha un'origine divina o è altrimenti dotato di poteri magici, soprannaturali o inaccessibili alla ragione, non si presenta come un organo prodotto dalla comunità o anche solo da essa producibile. Viene piuttosto immaginato come una potenza che sta al di fuori della comunità, che la costituisce e la tiene insieme. Provenienza, scelta, creazione del capo non sono quindi problemi da porre o risolvere in termini di conoscenza razionale. La realtà, e cioè l'inevitabile usurpazione della posizione di capo per mezzo della forza, è volutamente nascosta mediante il mito del capo. Nel sistema democratico, il problema della creazione del capo si pone nella piena luce di valutazioni

razionali. La qualità di capo non rappresenta qui un valore assoluto, ma solo relativo. Il *capo* è tale solo per un certo periodo e solo per certi fini. Per il resto, è uguale agli altri consociati e viene sottoposto a critica. Dal fatto che nell'autocrazia il capo trascende la comunità e invece nella democrazia le è immanente, deriva che, in quella, l'individuo che esercita la funzione di comando viene concepito al di sopra dell'ordinamento sociale e quindi non è responsabile oppure — per dirla in termini ideologici — risponde solo a se stesso o alla divinità; mentre nella democrazia il capo è soggetto all'ordinamento sociale ed è pertanto essenzialmente responsabile, responsabile cioè verso la comunità. Poiché la qualità di capo non ha qui nulla di soprannaturale, poiché in regime democratico il capo viene creato in un modo altamente razionale, secondo un metodo pubblico e controllabile e cioè mediante l'elezione, tale qualità non può essere monopolio duraturo di un singolo individuo. La pubblicità, la critica, la responsabilità impediscono che il capo diventi inamovibile. La democrazia è caratterizzata da un cambiamento dei capi più o meno frequente. Sotto questo decisivo aspetto, essa ha una natura più dinamica. Dalla comunità dei governati sale ai posti di comando un flusso continuo, mentre l'autocrazia dimostra a questo riguardo uno spiccato carattere statico: la tendenza a irrigidire il rapporto tra capo e comunità.

In complesso, la democrazia non è un terreno adatto all'ideale del capo, non essendo adatto al principio di autorità; e se il padre, in quanto esperienza primigenia di ogni autorità, rappresenta l'ideale, la democrazia — secondo il suo concetto — è una società senza padre. Essa vuol essere una società di equiordinati, possibilmente senza capi. Il suo principio è il coordinamento, e la fratellanza matriarcale la sua forma primitiva. Sicché, il trinomio della rivoluzione francese — libertà, uguaglianza, fraternità — assume in democrazia un significato più profondo che mai. L'autocrazia, invece, secondo la sua più intima natura, è una comunità di tipo patriarcale. Il rapporto di paternità è la categoria che le si addice. Non equiordina-

zione ma sopra- e sottordinazione, articolazione gerarchica della sua struttura. Si direbbe che essa abbia proprio per questo una maggiore forza vitale. Si ha in effetti l'impressione che, nella prospettiva storica, le forme autocratiche occupino uno spazio di gran lunga maggiore rispetto a quelle democratiche, le quali appaiono, per così dire, come intermezzi nel dramma della storia. La sua estraneità all'ideologia fa apparire la democrazia meno resistente dell'autocrazia, che annienta senza riguardi ogni avversario, mentre la democrazia, con i suoi principi di legalità e di tolleranza, con la libertà di opinione e la tutela delle minoranze, alleva addiritura gli avversari. La forma di governo democratica possiede, rispetto a quella autocratica, il privilegio paradossale di potersi eliminare con i metodi di formazione della volontà che le sono peculiari, di potersi quindi eliminare legalmente da sola. Tuttavia, proprio il fatto che nella formazione della volontà direttiva statale in regime autocratico non c'è alcuna possibilità di comporre gli orientamenti contrapposti anche qui esistenti, costituisce un serio pericolo. Dal punto di vista della tecnica politico-psicologica, la meccanica delle istituzioni democratiche mira addirittura a sollevare l'affezione politica delle masse, e in particolare dei gruppi di opposizione, fino alle soglie della coscienza sociale, allo scopo di farla placare. Nell'autocrazia, invece, l'equilibrio sociale riposa sul costringimento dell'affezione politica in una sfera che, in termini di psicologia individuale, si potrebbe paragonare all'inconscio. Resterebbe da vedere quale tecnica sia più adatta a garantire la forma di governo contro i sovvertimenti rivoluzionari.

7. All'atteggiamento di politica interna finora descritto corrisponde anche un determinato comportamento in politica estera. Il tipo democratico aderisce decisamente a un ideale pacifista, quello autocratico a un ideale imperialista. Non che le democrazie non abbiano combattuto anch'esse guerre di conquista. Ma la disposizione a tale tipo di guerra è qui, rispetto ai regimi autocratici, assai minore, sono molto più forti

gli ostacoli di politica interna da superare. E quindi è particolarmente sviluppata anche la tendenza a giustificare gli atti di politica estera mediante una ideologia razional-pacifista: è necessario presentare la guerra che si conduce come una guerra difensiva — una maschera della quale l'atteggiamento eroico dell'autocrazia non ha bisogno. Oppure si dichiara che lo scopo della guerra è la pacificazione definitiva attraverso una organizzazione del mondo che ha tutti i tratti di una democrazia: una comunità di stati equiordinati sotto un'istanza arbitrale, da essi stessi creata, possibilmente un tribunale mondiale, come primo passo dello sviluppo di uno stato mondiale; idea che, per un credo autocratico-imperialistico, non solo non ha alcun valore politico, ma a causa del livellamento e dell'indebolimento delle caratteristiche nazionali che comporta significa addirittura il tramonto della civiltà.

8. Nella concezione dei rapporti dello stato verso l'esterno, si esprime in modo particolarmente chiaro la diversità di vedute che intorno all'essenza dello stato si sviluppa, rispettivamente, nel tipo democratico e autocratico. A questo, vale a dire all'individuo che ha un forte sentimento dell'io e si identifica con l'autocrate potente, corrisponde, in tutto, la dottrina per la quale lo stato è una realtà super-individuale, in certo modo collettiva, essenzialmente diversa da una massa o somma di individui, un organismo mistico e come tale un essere supremo, la realtà di un valore assoluto. Il concetto di sovranità, qui, assolutizza, anzi divinizza lo stato, interamente rappresentato dal sovrano. Questa dottrina si esprime in modo affatto significativo nella proposizione «lo stato sono io». Come la conoscenza del mondo procede, in questo tipo d'individuo, dall'io sovrano, così pure la sua speculazione politica prende le mosse dalla sovranità del suo stato. Essa fonda pertanto l'esistenza degli altri stati e la validità dell'ordinamento che regola i rapporti con essi sulla volontà di questo suo stato sovrano, come volontà suprema nella sfera sociale. È la dottrina per la quale il diritto internazionale è valido per il singolo stato nei limiti

in cui questo di per sé lo riconosca, e per la quale un altro stato può essere considerato soggetto giuridico solo in quanto sia riconosciuto come tale dal primo. Il diritto internazionale appare così non un ordinamento giuridico superstatale — ché ciò sarebbe incompatibile con l'idea di sovranità — ma — ove mai sia da considerare diritto — una parte liberamente accettata dell'ordinamento del singolo stato, che si estende alle altre comunità giuridiche statali non secondo l'ambito di validità materiale e territoriale, ma secondo il titolo di validità formale: come se l'intero mondo giuridico fosse volontà e rappresentazione dell'io-stato assoluto!

A questa concezione si contrappone diametralmente quella che vede nello stato non un'entità diversa dalla somma dei suoi membri, e quindi un'entità sovraempirica razionalmente incomprensibile, ma semplicemente un ordinamento ideale della contrastante condotta degli individui. Qui non si concepisce lo stato come qualcosa che esiste al di sopra dei propri sudditi, che domina gli individui ed è quindi essenzialmente diverso dagli individui dominati, ma si parte dal presupposto che esso è formato dagl'individui, che, in quanto ordinamento specifico della condotta umana, esiste non già al di fuori o al di sopra degl'individui, ma in essi e attraverso di essi. La teoria dello stato propria di questo tipo si può riassumere nelle parole: lo stato siamo noi. Questa concezione non tende ad assolutizzare lo stato ma a relativizzarlo. Essa dissolve il concetto di sovranità come ideologia di una determinata istanza di dominio ed elimina in tal modo l'ostacolo principale che impedisce di vedere come, al di sopra degli stati, viga o possa vigere il diritto internazionale, che limita giuridicamente gli stati nei rispettivi ambiti di validità territoriale e personale e che in tal modo per primo li coordina. Lo stato viene riconosciuto come un'entità giuridica, non però come l'entità giuridica assolutamente più alta, ma come un grado giuridico intermedio. Dalla comunità universale del diritto internazionale, attraverso lo stato, fino alle comunità giuridiche in questo inserite, esiste una serie

continua di formazioni giuridiche che trapassano gradualmente una nell'altra.

Con questa sua tendenza antideologica, volta ad una conoscenza obiettiva e avalutativa, che relativizza ogni contrasto sedicente assoluto, la dottrina del diritto, dello stato e della società di tipo democratico si dimostra una teoria sociale schiettamente scientifica, mentre al tipo autocratico corrisponde una trattazione politico-religiosa, sostanzialmente teologica del problema della società come oggetto di conoscenza. Solo il tipo democratico è capace e — quel che più conta — propenso a fare una valutazione obiettiva della forma di governo ad esso associata. La sua forza scientifica è la sua debolezza politica. Nei limiti in cui il contrasto tra le forme di governo può essere ridotto ad un contrasto nell'atteggiamento interiore degli individui, anche il contrasto tra una spiritualità puramente scientifica, cioè orientata solo verso valori conoscitivi, e una spiritualità politica, che cioè al di sopra di questi valori altri ne pone, per esempio quello sociale, dev'essere collegato con l'antagonismo di democrazia e autocrazia. E allora non è così paradossale che, sul terreno della democrazia e con la garanzia della libertà spirituale, una vera scienza dello stato prosperi meglio che nell'autocrazia, dove c'è posto solo per un'ideologia dello stato, e che colui che internamente è incline più alla democrazia che all'autocrazia abbia una disposizione a comprendere il diritto, lo stato e la società maggiore di colui che per carattere è portato verso l'autocrazia e quindi verso un atteggiamento fin da principio ideologico.

9. Nell'antagonismo di queste due teorie dello stato appare del tutto chiaro il contrasto di concezioni del mondo nel quale ha le sue ultime radici il conflitto di opinioni politiche. E tale contrasto deriva dalla posizione che si assume nei confronti dell'assoluto. Il problema decisivo sta cioè in quest'alternativa: credere in un valore assoluto e quindi in una verità e realtà assolute o assumere che la conoscenza umana può attingere solo valori relativi e quindi una verità e una realtà re-

lative. La fede nell'assoluto, che ha radici profonde nel sentimento, costituisce il presupposto di una concezione del mondo metafisica. La negazione, sul piano intellettivo, di questo presupposto, l'opinione che esistono solo valori relativi e quindi solo verità relative e che pertanto ogni valore ed ogni verità — al pari dell'individuo che li trova — debbono essere sempre pronti a lasciare il campo e a farsi sostituire, conducono alla concezione del mondo propria del criticismo, del positivismo e dell'empirismo, vale a dire a quell'orientamento della filosofia e della scienza che prende le mosse dall'esperienza positiva, cioè da un'esperienza data, comprensibile sul piano dei sensi e dell'intelletto, mutevole e sempre in mutamento, e respinge così l'ipotesi di un assoluto che trascende questa esperienza. A questo contrasto di concezioni del mondo corrisponde un contrasto di atteggiamenti politici fondamentali. Alla concezione metafisico-assolutistica si associa l'atteggiamento autocratico; alla concezione critico-relativistica, scientifica, l'atteggiameno democratico.

E in realtà tutti i grandi metafisici si sono schierati contro la democrazia e in favore dell'autocrazia; e i filosofi che si sono pronunciati in favore della democrazia sono stati quasi sempre inclini a concezioni empirico-relativistiche. Vediamo così che nell'antichità i *sofisti*, forti dei progressi compiuti dalle scienze empiriche della natura, uniscono ad una concezione affatto relativistica nel campo della teoria sociale un modo di pensare democratico. Il fondatore della sofistica, *Protagora*, insegna che l'uomo è la misura di tutte le cose e il poeta della sofistica, *Euripide*, esalta la democrazia e la pace. *Platone*, invece, nel quale la metafisica religiosa rinasce contro il razionalismo illuministico e che, contro *Protagora*, dichiara Dio misura di tutte le cose, è il più grande spregiatore della democrazia e un ammiratore, anzi un antesignano della dittatura.

Nel medioevo, la metafisica del cristianesimo va naturalmente di pari passo con la convinzione che la monarchia, immagine del divino reggimento del mondo, sia la migliore forma di governo. A questo proposito, è da indicare come teste prin-

cipale *Tommaso d'Aquino*, sotto la cui evidente influenza *Dante* scrive il famoso *De Monarchia*. *Marsilio da Padova*, che insieme con *Giovanni di Gianduno* redige il *Defensor pacis*, cioè l'opera che nel medioevo sviluppa per prima o quanto meno nel modo più chiaro il concetto democratico di sovranità popolare, esercita la professione di medico e di naturalista e il suo collaboratore è fra i seguaci dell'averroismo che, con la sua dottrina dell'eternità del mondo e del movimento e col suo atteggiamento di base assolutamente naturalistico, si contrappone direttamente alla metafisica cristiana. Una menzione particolare merita però *Nicola Cusano*. Poiché — anche lui essenzialmente orientato in senso naturalistico — come metafisico scettico insegna l'inconoscibilità dell'assoluto, la conoscenza dell'infinito gli si trasforma in infinita conoscenza del finito. Egli si sforza — *concordantia oppositorum* — di superare ed eliminare tutti i contrasti dei quali è pieno il mondo, cerca cioè un compromesso, e vorrebbe soprattutto riunire in una sola tollerante religione razionale, al di là delle diversità di tutte le prassi religiose, persino gli ebrei e i maomettani. In questo modo rasenta i confini di un panteismo ametafisico. Non c'è quindi nulla di strano che egli politicamente sia a favore della democazia e che propugni l'uguaglianza degli uomini. Anche il panteismo di *Spinoza*, assolutamente antimetafisico e orientato in senso naturalistico, è collegato con un'accentuata predilezione per il principio democratico; mentre *Leibniz*, questo metafisico per eccellenza, difende la monarchia. La discorde posizione di *Kant* sul problema fondamentale non consente una definizione univoca del suo sistema, né sotto il profilo filosofico né sotto quello politico. Si può dire solo che, in quanto lotta contro la metafisica, simpatizza anche con l'ideale democratico della rivoluzione francese. Tanto più univoco si dimostra *Hegel*, il più grande dei metafisici tedeschi. Egli è il filosofo non solo dello spirito assoluto, ma anche della monarchia assoluta.

Proprio dallo spirito di questa filosofia è nata l'espressione famosa: autorità, non maggioranza. E, in effetti, se si crede

nell'esistenza dell'assoluto, cioè soprattutto del bene assoluto che cosa vi può essere di più assurdo del provocare un accordo a tale riguardo, di far decidere la maggioranza? Considerata l'autorità di questo bene assoluto, che tutto sovrasta, che cosa può esservi all'infuori dell'obbedienza incondizionata e riconoscente verso chi, in possesso del bene assoluto, lo conosce e lo vuole? un'obbedienza che, tuttavia, può fondarsi sulla credenza che la persona autoritaria del capo sia in possesso del bene assoluto solo nella stessa misura in cui la gran massa dei governati resta esclusa dalla conoscenza di tale bene. Se però la verità assoluta e i valori assoluti si considerano inaccessibili alla conoscenza umana, allora non solo si può ritenere quanto meno possibile la propria opinione ma si deve ritenere anche possibile l'altrui, opposta opinione. Per tale motivo l'idea democratica presuppone una concezione del mondo relativistica. La democrazia dà lo stesso peso alla volontà politica di ogni individuo, così come mette sullo stesso piano ogni fede politica, ogni opinione politica. Ad ogni convinzione politica essa dà perciò la stessa possibilità di esprimersi e di concorrere liberamente alla conquista dell'animo umano. È questo il motivo per il quale il procedimento dialettico delle assemblee popolari e parlamentari, articolato in discorsi e repliche, è così specificamente democratico. Ed è pure questo il motivo per il quale il dominio della maggioranza, così caratteristico della democrazia, non è possibile senza una minoranza all'opposizione, e per il quale la democrazia, nella sua essenza più profonda, deve tutelare questa minoranza. La politica della democrazia diviene perciò necessariamente una politica del compromesso, così come, per la concezione relativistica del mondo, nulla è più caratteristico della tendenza ad appianare, conciliandoli, i punti di vista contrastanti, nessuno dei quali può essere adottato in pieno e senza riserve e negando completamente l'altro. La relatività del valore che un determinato credo politico istituisce, l'impossibilità per un programma politico, per un ideale politico di pretendere — in ogni vocazione soggettiva, in ogni personale convinzione — ad una validità assolu-

ta, conducono inesorabilmente anche al rifiuto dell'assolutismo politico, si tratti dell'assolutismo di un monarca o di un dittatore, di una casta di sacerdoti o di guerrieri, di una classe o di un partito.

Chi invece, nel proprio volere ed agire politico, può richiamarsi ad una ispirazione divina, ad una illuminazione soprannaturale, accampa il diritto di non prestare orecchio alla voce degli uomini e d'imporre la propria volontà, come volontà del bene assoluto, anche contro la maggioranza, anzi contro il mondo degli increduli, degli illusi che vogliono altre cose. Questo è il punto di vista di un'autocrazia per grazia divina, che nel secolo scorso è divenuta bersaglio per tutto ciò che costituisse libertà spirituale, scienza libera da dogmi, fondata sulla ragione umana e sul dubbio critico e, sul piano politico, democrazia. Chi infatti fa assegnamento sulla saggezza terrena, chi affida il raggiungimento degli scopi sociali solo alla conoscenza umana, non può giustificare la coercizione necessaria per attuarli se non con il consenso di almeno la maggioranza di coloro a vantaggio dei quali l'ordinamento coercitivo deve ridondare. E quest'ordinamento coercitivo deve essere costruito in modo tale che anche la minoranza, che non è del tutto in errore e non è del tutto priva di diritti, possa diventare in qualunque momento maggioranza.

È questo il reale significato di quel sistema politico che chiamiamo democrazia e che dobbiamo contrapporre all'autocrazia come assolutismo politico solo per il fatto che è espressione di un relativismo politico.

10. Nel capitolo diciottesimo del Vangelo di Giovanni è descritto un avvenimento della vita di Gesù. La descrizione, schietta e lapidaria nella sua semplicità, appartiene a ciò che di più grande ha creato la letteratura mondiale; e — senza volerlo — si erge a tragico simbolo del contrasto tra una concezione del mondo metafisico-autocratica e una concezione relativistico-democratica. È la festa di Pasqua e Gesù, sotto l'accusa di essersi proclamato figlio di Dio e re dei Giudei, viene

condotto davanti a Pilato, governatore romano. A colui che agli occhi di un romano può apparire solo un povero pazzo, Pilato domanda ironicamente: « Dunque sei tu il re dei giudei? » — E Gesù, con la massima serietà e tutto pieno del fervore della sua missione divina, gli risponde: « Tu lo dici. Io sono un re e sono nato e venuto al mondo per rendere testimonianza alla verità. Chi è per la verità ascolta le mie parole ». Allora Pilato, scettico com'è, domanda: « Che cos'è la verità? ». E poiché egli non sa che cosa sia la verità ed ha il compito di tutelare — qui, nella provincia — le forme democratiche, si appella al popolo e provoca una votazione. « Uscì verso i Giudei — racconta il Vangelo — e disse loro: ' Io non trovo in lui alcuna colpa. È però vostra usanza che vi rilasci uno in occasione della Pasqua. Volete che vi rilasci il re dei Giudei? ' ». Il plebiscito è contrario a Gesù: « Ma essi di nuovo si misero a gridare e dissero: ' Non lui, ma Barabba! ' ». Il cronista aggiunge tuttavia: « Barabba era un brigante ».

Per i credenti, per coloro che hanno una fede politica, questo plebiscito è senza dubbio un argomento poderoso contro la democrazia. E questo argomento bisogna farlo valere. Ad una sola condizione, però: che coloro che hanno una fede politica siano così sicuri della propria verità politica — eventualmente da imporre con metodi cruenti -- come lo era il figlio di Dio.

III

LA DEMOCRAZIA NELL'AMMINISTRAZIONE

1. Ancora fino a poco tempo fa, si riteneva che per soddisfare la richiesta di democrazia bastasse che all'attività legislativa provvedessero il popolo o i suoi rappresentanti. Il dogma della separazione dei poteri presentava la legislazione e l'esecuzione come funzioni statali così diverse che non si vedeva una contraddizione nel fatto che fossero organizzate secondo principi totalmente diversi e incompatibili, come accadeva per esempio in Francia, dove su un apparato legislativo del tutto democratico s'innestava un'amministrazione autocratica. Le rivoluzioni provocate dal crollo militare in Russia, Germania e Austria, con la caduta della monarchia costituzionale — particolarmente interessata alla separazione dei poteri e ad una democrazia limitata al campo della legislazione — hanno avanzato anche la richiesta di un'attuazione completa della sovranità popolare, soprattutto nel campo dell'amministrazione, prima riservato al monarca e ai funzionari da lui nominati. La costituzione sovietica russa, in particolare, è caratterizzata dal principio che il popolo provvede direttamente non solo alla funzione legislativa ma anche a quella amministrativa. E sebbene l'idea dei soviet si dimostri improntata esclusivamente a coerenza democratica, proprio sotto questo profilo avrebbe potuto avere un esito notevolmente sedizioso *contro la democrazia* com'era stata fino ad allora concepita sotto l'influenza della separazione dei poteri.

La richiesta di democratizzare l'amministrazione non è però del tutto nuova e inappagata. Elementi democratici in questo senso si rinvengono — sia pure in misura ridotta — anche nella monarchia costituzionale e nella cosiddetta repubblica a poteri separati, ricalcata su di essa. Il principio del governo parlamentare fa sì che sulla nomina dei ministri, e cioè dei capi delle varie branche dell'amministrazione, influisca la

rappresentanza del popolo e a questa democratizzazione vertice — considerata un'eccezione alla regola della separazio dei poteri — corrisponde alla base l'autogoverno dei comun Quanto l'autonomia degli organi amministrativi comunali s stata considerata estranea al sistema amministrativo autocr tico dello stato lo dimostra la teoria contraddittoria ed og anzi pressoché incomprensibile per la quale il comune è d concepire non come organo dello stato, ma — al pari dell'ess re umano del diritto naturale individualistico — come so getto che esiste indipendentemente dallo stato, è titolare d diritti naturali nei suoi confronti ed è fornito in particolare d una sua sfera d'azione per così dire originaria, che lo stato no può né concedere né togliere. Dietro questa teoria giusnatur listica, che nel rapporto stato-comune immette un dualismo d sistemi normativi inammissibile sul piano della teoria giuri dica, si nasconde il contrasto tra il principio organizzativo de mocratico e quello autocratico: il comune democratico no vuole essere considerato organo dello stato autocratico. Il fatt però che il contrasto tra lo stato e il comune, che storicament è solo un contrasto tra tipi diversi di organizzazione, veng conservato in sede teorica anche quando, con la democratiz zazione dei vertici amministrativi, non c'è più un contrast tecnico-organizzativo, e che quel contrasto venga presentat come un'assoluta differenza di natura, è uno degli errori tradi zionali della nostra dottrina dello stato e dell'amministrazione

Questa democratizzazione dei vertici amministrativi e la formazione di organi di autogoverno relativi a più comuni hanno caratterizzato — in una certa misura — la vecchia co stituzione austriaca. I «paesi» (*Kronländer*) avevano propri organi di autogoverno con una limitata sfera d'azione. Strana mente, quest'amministrazione, che per sua natura poteva essere concepita solo come una branca di quella statale — lo stato può infatti avere una sola amministrazione, giacché la sua unità è l'unità del suo ordinamento — venne contrapposta come *autonoma*, per l'appunto, a quella *statale*, che veniva significa tivamente denominata amministrazione «del sovrano» (*lan*

desfürstlich) e manifestava in tal modo il proprio carattere autocratico. Con l'abolizone del dualismo di amministrazione autonoma e amministrazione del sovrano in forza della legge sull'assunzione dei poteri statali nei Länder (del 14 novembre 1918), l'amministrazione statale dell'Austria tedesca venne democratizzata in tutti i suoi gradi intermedi. La dieta eletta dal popolo e il governo eletto dalla dieta divennero, insieme con il presidente del Land, anch'egli elettivo, gli organi intermedi dell'amministrazione statale. Il governatore, che prima era nominato dal Kaiser per un settore dell'amministrazione del Land — il settore più vasto e importante — fu abolito; ma il governo elettivo, posto al vertice di tutta l'amministrazione del Land, restò sottoposto al governo statale, almeno *de jure*, come già il governatore al ministero. Se ai governi dei Länder mancò la coscienza di essere organi dell'amministrazione statale, se l'amministrazione del *Land* si contrappose all'amministrazione dello *Stato* — che si pretendeva limitata al centro — ciò è in parte da attribuire al persistere dell'antica ed infausta ideologia di un contrasto tra amministrazione *autonoma* e amministrazione *statale*, che a partire dalla creazione dei Länder — che avrebbe dovuto essere una *statizzazione* — si era solo spostata sul contrasto tra organi amministrativi centrali e organi amministrativi intermedi.

La nuova costituzione federale ha trasformato i governi dei Länder, che prima costituivano istanze intermedie dell'amministrazione statale, in supremi organi amministrativi di autonomi stati-membri. Al capo del Land sono state delegate le funzioni esecutive della federazione nello stesso Land, entro una determinata sfera d'azione. Sotto questo profilo, egli è organo della federazione, funzionalmente sottoposto al governo federale. Su questo punto, la precedente costituzione aveva lasciato aperto un problema. Il capo del Land, eletto dalla dieta, era certamente vincolato alle istruzioni del governo centrale ma non era ad esso soggetto né assoggettabile sul piano disciplinare in quanto organo eletto da un corpo parlamentare. Il fatto che egli — come del resto tutto il governo del Land —

non fosse giuridicamente responsabile neppure verso la die creava una situazione costituzionale molto seria. La costitu zione federale ha risolto il problema della responsabilità de organi eletti da corpi parlamentari, che siano istanze inte medie o autorità subordinate, utilizzando l'analogo istitu della responsabilità ministeriale. Il capo del Land — entro sfera d'azione delegata — può essere perseguito, per viol zione della legge o degli ordini ricevuti, davanti alla Cor costituzionale, che nei casi estremi può privarlo dell'ufficio.

Poiché la costituzione della nostra Repubblica dispone ch anche i ministri (già segretari di stato) incaricati della dire zione delle varie branche dell'amministrazione centrale sian eletti dal Consiglio nazionale (già Assemblea nazionale), tutt l'apparato amministrativo — con una sola eccezione — è orma sostanzialmente democratizzato. Solo l'amministrazione distre tuale s'ispira ancora al principio autocratico, come nella vec chia Austria: per il capo-distretto è infatti prevista la nomin e non l'elezione. Si comprende bene pertanto come sia dive nuta pressante la richiesta di una riforma dell'amministrazion distrettuale che si accordi con la nuova struttura conferita si ai livelli alti e intermedi dell'amministrazione sia al livello inferiore dei comuni, e come la nuova costituzione federale faccia sperare in una legge che democratizzi l'amministrazione distrettuale. Se però la parola d'ordine non può che essere « Basta con la nomina dei capi-distretto! », se è di palmare evidenza che questi funzionari nominati stanno ormai fuor di posto nella serie che dal ministro federale eletto dal consiglio nazionale, attraverso il capo del Land eletto dalla dieta, giunge al borgomastro eletto dalla rappresentanza comunale, non è tuttavia inutile che l'importanza della invocata riforma sia chiara sotto ogni rispetto. L'amministrazione distrettuale è oggi la trave portante di tutto il nostro edificio amministrativo. Il suo rinnovamento ha conseguenze decisive per la vita dello stato e si può seriamente dubitare se giovi di più alla collettività la riforma costituzionale o la riforma dell'amministrazione distrettuale.

2. L'amministrazione distrettuale può essere democratizzata nelle forme più varie. Chi vede nella democratizzazione un pericolo per la burocrazia, che vorrebbe quanto meno lasciare nei posti-chiave del distretto (*Bezirk*), potrebbe in un primo momento tentare una democratizzazione parziale. Alcune materie, più o meno importanti, verrebbero affidate ad un organo distrettuale elettivo e le altre lasciate al capo-distretto, che continuerebbe a funzionare accanto a tale organo. Questa combinazione di elementi democratici e autocratici, questa divisione dell'amministrazione, questa sua ripartizione tra due titolari eterogenei e indipendenti l'uno dall'altro, era proprio la soluzione adottata dalla monarchia costituzionale. Da noi, in Austria, essa ha condotto ad una insostenibile situazione nella sfera d'azione delegata ai comuni e al famigerato *doppio binario* dell'amministrazione del sovrano e dell'amministrazione autonoma nei Länder. C'è solo da sperare che questi esempi impediscano il ripetersi di analoghi tentativi nella riforma dell'amministrazione distrettuale. Se, ad ogni modo, si dovesse giungere ad una ripartizione di competenze tra un organo distrettuale elettivo e — come per il passato — un capo-distretto nominato dall'alto, il pericolo di una doppia amministrazione potrà essere evitato solo facendo presiedere l'organo elettivo dal capo-distretto e affidando all'*ufficio distrettuale* sia la preparazione burocratica sia l'esecuzione degli atti amministrativi riservati all'organo elettivo. Quest'ultimo non dovrebbe avere un proprio apparato burocratico; inoltre — per motivi che indicheremo più avanti — il capo-distretto dovrebbe avere il potere di annullare le deliberazioni illegittime.

Dal momento che lo sforzo per mantenere il più a lungo possibile l'attuale ufficio di capo-distretto risponde all'intento di salvare la burocrazia distrettuale, è anzitutto da rilevare che le peculiarità di un'amministrazione burocratica — alla quale cioè attendano professionalmente funzionari tecnicamente addestrati — garantiscono in ogni caso un futuro alla democrazia. Il progresso tecnico-sociale ha, come premessa e conseguenza, la divisione del lavoro e, con essa, un apparato amministrativo

burocratico. La democrazia nell'amministrazione non potrà mai sopprimere la burocrazia senza ricadere nel peggiore primitivismo. L'esempio della catastrofe amministrativa russa lo dimostra abbastanza chiaramente. L'arma che il sistema sovietico aveva rivolto contro la burocrazia si è infatti subito spuntata e si ritorna al funzionario di carriera fornito di competenza tecnica. Anche un'amministrazione popolare non può non avere un proprio apparato burocratico, ed anche la nostra amministrazione *autonoma* si era creata una propria burocrazia. Il fatto che l'amministrazione assuma forme *democratiche* non è per la burocrazia una questione di vita o di morte ma solo una questione di prestigio: essa può, quanto si voglia, rinunciare all'apparenza del potere ma non alla sua effettività, mai ad avere concrete competenze.

Di tali forme democratiche quella relativamente più semplice è stata attuata nella nostra amministrazione centrale e ne è derivata una democrazia ministeriale. Come nel sistema autocratico, gli atti amministrativi sono adottati da un organo monocratico, sotto la propria responsabilità; quest'organo però non viene nominato a vita dall'alto ma eletto — direttamente o indirettamente — dagli amministrati per un periodo determinato o comunque provvisorio. La democratizzazione è qui limitata alla modalità di preposizione del titolare dell'organo e se da un lato non viene eletto esclusivamente il tecnico — come di solito accade nel caso di nomina — dall'altro egli non viene affatto escluso. Sicché possono essere eletti ministri anche funzionari di carriera, e non di rado lo sono. Quanto più vasta è la sfera d'azione dell'organo elettivo, tanto più gli sono indispensabili collaboratori professionali nominati a vita e tecnicamente addestrati, tanto più ha bisogno di un apparato burocratico, tanto minore è, in concreto, la sua influenza personale rispetto al potere straordinario di un apparato che, ancorato alla tradizione, funziona in permanenza; senza dire che il ministro si può direttamente occupare solo di una piccolissima parte degli affari di sua competenza, mentre la parte

maggiore viene svolta in suo nome e senz'alcuna sua ingerenza dal *ministero*.

Orbene, questa forma di democratizzazione, che è solo una decapitazione dell'apparato burocratico, la sostituzione di un vertice autocratico con uno democratico, ha nuociuto sensibilmente alla burocrazia? In linea di massima, ne è stata influenzata solo l'impostazione generale della sua attività. La possibilità per i funzionari di diventare ministri si è certamente ridotta ma l'effettiva importanza della loro categoria non è diminuita.

Al pari degli uffici centrali, anche il distretto potrebbe essere democratizzato sostituendo al suo capo nominato dall'alto un capo eletto dall'organo rappresentativo distrettuale che abbia nel suo ufficio, come collaboratori in posizione subordinata, un certo numero di funzionari di carriera, nominati non da lui ma dal governo del Land o da quello federale. Sarebbe opportuno ridurre il numero di tali uffici e aumentarne le dimensioni, in modo da facilitare la specializzazione dei funzionari di carriera e la creazione di settori specializzati. Si potrebbe quindi rendere obbligatoria l'istituzione di piccoli circondari con amministrazione puramente burocratica affidata a funzionari di carriera che, preposti dal capo-distretto, agirebbero come suoi rappresentanti (commissari distrettuali). Tenuto conto della più ridotta sfera d'azione, l'influenza del capo-distretto sugli affari di competenza del suo ufficio sarebbe naturalmente maggiore di quella che il ministro esercita sugli affari del ministero. I vantaggi di un'amministrazione affidata a funzionari di carriera specializzati verrebbero così in linea di principio mantenuti. La possibilità di diventare capo-distretto dovrebbe essere fondamentalmente riservata a funzionari politici. Essa diventerebbe minore di quella attuale ma resterebbe sempre maggiore della possibilità di diventare ministro. Tutto ciò non impedirebbe comunque ai funzionari amministrativi capaci di affermarsi. L'obiezione che ne deriverebbe la corruzione politica della burocrazia, non ha molto pregio. Una volta che infatti l'amministrazione federale e quella dei

Länder è nelle mani dei partiti politici, ciò si riflette sulla burocrazia distrettuale anche quando il suo capo viene nominato dall'alto.

Il rapporto tra corpo elettorale e organo amministrativo eletto dovrebbe essere però configurato in modo diverso che per gli uffici centrali e intermedi. Mentre il Consiglio nazionale e le diete hanno solo funzioni legislative e si limitano per il resto ad eleggere l'organo esecutivo, la sfera d'azione dell'organo rappresentativo distrettuale non può estendersi all'attività legislativa, cioè all'emanazione di norme generali. Anche se i distretti assumessero le proporzioni di circondari (*Kreise*), non vi sarebbe ugualmente — tenuto conto dei poteri legislativi della dieta — sufficiente possibilità per un'attività legislativa del distretto o circondario relativa ai rapporti locali individuali. I compiti dell'organo rappresentativo distrettuale dovrebbero essere quindi concepiti sul modello dell'organo comunale e non della dieta o del Consiglio nazionale. Potrebbero essere affidati alla sua competenza decisioni e disposizioni individuali e quindi atti amministrativi in senso stretto (specie in materia economica). In questo modo, verrebbe introdotta nel distretto, accanto ad una amministrazione democratica di tipo ministeriale, anche un'amministrazione democratica collegiale. Affidare all'organo rappresentativo distrettuale, in quanto collegio deliberante, tutta l'amministrazione del distretto, non è comunque possibile, tenuto conto della natura della stragrande maggioranza degli affari da trattare: ciò comporterebbe ritardi eccessivi, anzi il pericolo di una paralisi di tutto l'apparato amministrativo. Dove però i collegi hanno dato finora buona prova (materie relative alla scuola, alle strade, etc.), un organo rappresentativo del distretto eletto unicamente sulla base di considerazioni politiche fa sentire la mancanza del punto di vista tecnico e di quello degli interessati. Nell'accostare l'organo rappresentativo del distretto a quello del comune non dev'essere tuttavia dimenticato che un'attività regolare e permanente del primo incontra notevoli difficoltà, dal momento che la maggior parte dei suoi componenti abitano

in luoghi di solito lontani dalla sua sede e privi di collegamenti ferroviari. Per l'amministrazione corrente, un parlamento distrettuale è tanto meno adatto quanto più grande è il distretto. Che invece l'organo rappresentativo del distretto — come già l'antica dieta — per il disbrigo degli affari amministrativi elegga una piccola giunta che funzioni come autorità collegiale e che sia presieduta esclusivamente dal capo-distretto, questa è una cosa certamente fattibile.

3. Orbene, sia che l'amministrazione del distretto — e questo è il modo più semplice per democratizzarla — venga in linea di massima affidata ad un organo rappresentativo eletto dai cittadini, che si limiti a deliberare direttamente solo su determinati tipi di affari, lasciando gli altri ad un capo-distretto da esso eletto e revocabile e verso di esso responsabile, sia che venga scelto un altro sistema, questa democratizzazione solleva un problema la cui soluzione appare quasi impossibile e che proprio in sede di riforma dell'amministrazione distrettuale meriterebbe una più profonda riflessione. Amministrazione significa — al pari di giurisdizione — attività esecutiva, esecuzione delle leggi; e non c'è dubbio che il potere discrezionale concesso agli organi esecutivi sia talvolta assai ampio. Ma proprio la democratizzazione della funzione legislativa — specie se la competenza è ripartita tra la Federazione e dei Länder relativamente piccoli — conduce ad una vasta attività legislativa, che restringe notevolmente l'ambito del potere discrezionale. Il primo e più importante postulato in questo campo dev'essere dunque la legittimità dell'azione amministrativa. Solo questa legittimità assicura l'attuazione della volontà del popolo espressa nelle leggi, facendo sì che questa democrazia non conduca un'esistenza apparente nei bollettini ufficiali ma si realizzi effettivamente nei concreti rapporti giuridici. Sul piano della tecnica costituzionale, il mezzo più adatto per assicurare la legittimità dell'azione amministrativa è senza dubbio il sistema ministeriale, in cui l'attuazione delle leggi è affidata ad un solo funzionario, scelto

secondo criteri esclusivamente tecnici e non politici, chiamato all'ufficio dall'organo legislativo e da questo revocabile, personalmente responsabile verso il medesimo, per l'appunto, della legittimità dell'amministrazione. Nella sfera d'azione a lui *delegata*, il borgomastro eletto dal consiglio comunale è stato già di ostacolo alla legittimità dell'azione amministrativa. La democrazia amministrativa nei Länder ha in effetti provocato la scomposizione dello stato — e quindi della democrazia che rappresenta questo stato — nelle democrazie dei Länder, mentre un'amministrazione autocratica nei gradi intermedi avrebbe assicurato la coesione delle parti, l'unità amministrativa di tutto il complesso democratico. Ciò risponde pienamente alla tendenza collettivistica dell'autocrazia e alla tendenza individualistica del principio democratico che si fonda soprattutto sull'idea di libertà; ma a quali conseguenze deve portare in sede di democratizzazione dell'apparato distrettuale?

Un capo-distretto eletto dall'organo rappresentativo distrettuale e quindi praticamente responsabile solo verso quest'ultimo, dato il tipo di rapporti del governo del Land, che gli è formalmente sovraordinato, con il governo centrale, non offrirebbe chiaramente alcuna garanzia per ciò che riguarda l'attuazione delle leggi federali; e mancherebbero anche mezzi adeguati per indurlo ad una scrupolosa osservanza delle stesse leggi del Land! Il capo-distretto, sostenuto dall'organo rappresentativo distrettuale, starebbe col governo del Land nello stesso rapporto, cioè nella stessa posizione di contrasto in cui il capo del Land, sostenuto dalla dieta, sta col governo centrale. E un parlamento distrettuale avrebbe a cuore la legittimità dei propri atti ancor meno del capo-distretto elettivo. Esso, infatti, al pari di ogni parlamento, si considererebbe sovrano e negli atti amministrativi ad esso delegati — e ciò, sul piano psicologico, è perfettamente comprensibile — cercherebbe di realizzare più la volontà del partito che di volta in volta vi ha la maggioranza anziché la volontà della legge. Con la democratizzazione dei distretti, il Land rischia di dissolversi in una serie di distretti così come, a suo tempo, con

la democratizzazione dei Länder lo stato si è dissolto in una serie di Länder. La democrazia del distretto significherebbe la fine della democrazia del Land, così come quest'ultima ha significato la fine della democrazia dello stato.

A questo proposito, manca del tutto nel distretto quella possibilità di democratizzare che nel Land può essere attuata senza danno per la democrazia statale, cioè federale: può essere democratizzata l'attività legislativa del Land e così pure l'esecuzione delle sue leggi mediante organi eletti dalla dieta, verso la quale sono responsabili. Come il modo migliore per attuare le leggi dello stato, cioè federali, è quello di affidarle ad un governo centrale eletto da un parlamento centrale verso il quale è responsabile, e però nei Länder a rappresentanti nominati dal governo centrale verso il quale rispondono e nei distretti a capi-distretto anch'essi nominati dall'alto, così pure il modo migliore per attuare le leggi del Land è quello di affidarle ad un governo eletto dalla dieta e nei distretti però a capi-distretto nominati dal governo del Land. Ciò significa: in primo luogo, che quando la funzione legislativa è ripartita tra un parlamento centrale ed una pluralità di parlamenti locali, ai fini della legittimità della funzione esecutiva anche l'apparato amministrativo dev'essere, in linea di principio, duplice. Ma significa, in particolare, che nel distretto — che non ha una competenza legislativa — non c'è molto spazio per una parlamentarizzazione dell'organo legislativo né di quello esecutivo. Può infatti stabilirsi il principio che la democratizzazione della funzione esecutiva deve procedere in stretto contatto con la funzione legislativa, può aver luogo cioè solo quando e finché la funzione esecutiva abbia gli stessi gradi organizzativi della funzione legislativa e quindi gli organi esecutivi possano essere resi responsabili verso gli organi legislativi. Ciò, naturalmente, nel presupposto che la legittimità sia riconosciuta come principio supremo della funzione amministrativa e che debba essere conservata l'unità della collettività costituita dall'ordinamento giuridico.

Accanto alla garanzia della legittimità dell'azione amministrativa della quale si è detto, ce n'è naturalmente un'altra ed è il controllo affidato alla giurisdizione amministrativa, la cui efficacia è però inferiore. Lo sviluppo di una giurisdizione amministrativa diviene tuttavia tanto più necessario, quanto più la democrazia penetra nell'amministrazione. Specialmente se, com'è accaduto nella costituzione federale austriaca, per motivi economici e per altri motivi, si rinuncia a creare nei Länder un apparato amministrativo federale a disposizione esclusiva del governo federale e l'attività esecutiva federale viene svolta dai governi dei Länder e dei distretti entro una sfera d'azione ad essi *delegata*, è necessaria un'istanza obiettiva, fornita di grande autorità, che abbia il compito di annullare gli atti amministrativi illegittimi e di sostituirli eventualmente con atti legittimi; un'istanza, soprattutto, che sia moralmente e giuridicamente autorizzata a destituire i capi dei Länder e i capi-distretto elettivi in caso di esercizio illegittimo dell'attività amministrativa. E questa istanza può essere solo un tribunale, il massimo tribunale costituzionale, fornito di tutte le garanzie dell'autorità, che dovrebbe decidere anche sulle accuse sollevate contro i ministri. Solo un'ampia giurisdizione costituzionale e amministrativa può eliminare fino a un certo punto o anche mitigare il contrasto inevitabile tra la democrazia della legislazione e la democrazia dell'amministrazione. In questo senso ha provveduto anche la nuova costituzione federale.

Le considerazioni che precedono hanno lo scopo di mostrare come la richiesta di democratizzare l'amministrazione, se vuole essere qualcosa di più di un miope slogan, sia valida solo a determinate condizioni ed entro limiti ben precisi; e ciò proprio nell'interesse nel mantenimento della stessa democrazia. Il diritto della collettività all'autodeterminazione contrasta necessariamente con il medesimo diritto che ha l'individuo. Si deve perciò scegliere tra la democrazia del tutto e la democrazia della parte, tra la volontà dell'intero popolo e quella di gruppi più o meno arbitrariamente definiti. E se, come mezzo relativamente più adatto al mantenimento della

democrazia nella sfera più ampia possibile, è stata riconosciuta non un'amministrazione totalmente democratica ma — a causa della sua forza aggregante — un'amministrazione autocratico-burocratica (con un vertice democratico), con ciò non si è voluto affatto negare o trascurare il contrasto in cui una burocrazia con aspirazioni autocratiche può venire a trovarsi con l'essenza più intima della democrazia. L'apparato burocratico può avere certamente la tendenza a diventare una forza autonoma accanto all'organo parlamentare, anzi contro di esso. Un corpo di funzionari organizzato in modo autocratico preferirà certamente avere al vertice un organo autocratico piuttosto che un organo democratico. Considerato questo dilemma, sarà solo questione di stabilire un equilibrio di forze: e questo è il compito proprio di ogni tecnica costituzionale.

IV

LA DOTTRINA DEI TRE POTERI O FUNZIONI DELLO STATO

Nell'esposizione che segue, si parte dal presupposto che lo stato è un ordinamento ideale della condotta umana, un ordinamento coercitivo, ed è quindi ordinamento giuridico. Esso, di conseguenza, è da considerare un sistema di norme e non già — come generalmente si assume — una realtà naturale, determinata dalla legge di causalità.

Viene accolto, così, il concetto di stato proprio di *Kant*. La nota definizione kantiana dello stato come *riunione di una molteplicità d'individui sotto leggi giuridiche* esprime sostanzialmente la stessa cosa. Se infatti si astrae dall'elemento spaziale contenuto nell'immagine di uomini che stanno *sotto* norme giuridiche, la definizione si riferisce alla condotta di una pluralità d'individui imposta mediante norme giuridiche, cioè come contenuto delle medesime. Lo stato appare quindi come un legame costituito essenzialmente da norme giuridiche; e ciò è in pieno accordo col fatto che Kant qualifica ripetutamente la situazione dello stato come situazione giuridica. Né si può dubitare che l'unità dello stato abbia, secondo Kant, solo un carattere ideale, poiché quand'egli concepisce questa unità come unità del volere e pone a fondamento dello stato una *volontà collettiva* o *volontà generale*, è ben lontano dal cercare una qualsivoglia realtà psicologica. Questo volere (*Wollen*) è da lui senza dubbio inteso come un dover essere (*Sollen*), giacché a proposito di questa *volontà unificata* egli dice espressamente che è *solo l'idea di un atteggiarsi esteriore dell'arbitrio degli esseri razionali nei loro rapporti reciproci*, che *non è un fatto ma soltanto una norma*. Che questa norma possa essere solo il diritto, è cosa che s'intende da sé.

Kant, in verità, non ha tenuto fermo questo concetto dello

stato come unificazione giuridica o ordinamento giuridico e nella sua dottrina dello stato non ha tratto tutte le conseguenze che da tale concetto derivano. Questo, in particolare, è il caso della teoria dei tre poteri dello stato, che in Kant diventano, com'è noto, tre *persone morali* fra loro diverse, ciò che difficilmente si può conciliare con l'unità di validità dell'ordinamento statale del dover essere. Per *potere* (*Gewalt*) dello stato in quanto quest'ultimo venga concepito come ordinamento del dover essere, si può intendere solo la validità di tale ordinamento e non già una qualunque forza fisiopsichica. Nell'esposizione che faremo saranno indicate le conseguenze che da ciò derivano per la dottrina dei tre poteri dello stato.

1. Unità del potere statale e pluralità dei poteri o funzioni dello stato

A) *La dottrina dei tre poteri del potere statale unitario.*

Poiché il significato reale di ciò che viene comunemente indicato come potere statale è la validità di un ordinamento giuridico e quindi, implicitamente, l'unità di questa validità mentre l'idea di una suddivisione di tale validità è una non idea, l'unità e indivisibilità del potere statale possono anche essere presentate come conseguenze del suo concetto. Se però il significato del concetto di potere statale si trasforma in qualcosa di sostanziale — come avviene di solito nelle trattazioni della dottrina dello stato tradizionale —, la dottrina dell'indivisibilità del potere statale perde necessariamente il carattere di verità teoretica deducibile dal concetto. La sostanza è certamente divisibile. Il principio dell'indivisibilità del potere statale assume allora il significato di un postulato politico, che serve per non sminuire la forza effettiva dello stato, possibilmente per accrescerla, per mantenere — direi quasi *salva res substantia* — lo stato. Dato questo presupposto, indicato come una verità di natura, la dottrina dell'indivisibilità dello stato è certamente un inganno.

La contraddizione tra il presupposto offerto da un concetto di stato snaturato e l'indivisibilità come presunta conseguenza appare chiaramente nel fatto che, nonostante l'assicurazione dell'unità e indivisibilità del potere statale, vengono tuttavia distinti più poteri dello stato. E questa distinzione si presenta in un rapporto affatto essenziale per il suo significato con la dottrina della separazione dei poteri, vale a dire con la ripartizione dell'esercizio di questi poteri fra vari organi, con l'isolamento tecnico-organizzativo di tali poteri. Il potere statale unitario e indivisibile viene rappresentato come composto da tre poteri fra loro perfettamente coordinati sul piano concettuale e perciò anche isolabili sul piano organizzativo: il potere legislativo, il potere giudiziario e il potere esecutivo. In qual modo propriamente questa triade costituisca una unità, rimane oscuro. Ora, non c'è alcuna sostanziale differenza se, per mantenere l'unità del potere statale, quanto meno sul terreno terminologico, invece di parlare di poteri si parla di funzioni dello stato e quindi di legislazione, giurisdizione ed esecuzione, fintantoché non venga abbandonata l'idea di una irrelata giustapposizione di queste tre funzioni e al posto della mera affermazione della loro unità, incompatibile con quell'idea, non subentri la chiara ed energica definizione del principio unitario che ne è alla base.

B) L'articolazione logica delle funzioni statali: in particolare, i tentativi più antichi.

Non si può dire che questo principio unitario sia rimasto finora del tutto sconosciuto. Da tempo immemorabile, da quando si è cercato di dare un ordine all'attività dello stato e alle molteplici manifestazioni del diritto, esso si è fatto valere nella tendenza sempre ricorrente a stabilire una qualche gerarchia nei *poteri*, nelle *funzioni*, nei *diritti* o nella sequela di atti statali diversamente indicata. Solo che, per l'appunto, non si è avuta la coscienza dell'importanza propriamente logico-giuridica del problema che stava sul tappeto, la

cui soluzione pertanto è stata sempre confusa e oscura. Com accade molto spesso in questo campo, lo sforzo conoscitivo è mescolato in modo non chiaro con l'intento politico di ott nere o conservare a chi storicamente si trovava ad esercita certi *poteri*, ai titolari di certe *funzioni*, ai soggetti di cer *diritti*, una posizione di particolare privilegio. E l'idea di ric noscere ai loro atti il rango derivante dall'essenza del dirit viene contaminata dal desiderio di porre teoreticamente i prima linea taluni atti che appaiono particolarmente importan dal punto di vista di determinati interessi, in quanto la pa tecipazione ad essi sta al centro della lotta politica. Ma soprattutto comprensibile come la concezione dell'essenza dell stato e delle funzioni che ne discendono per necessità conce tuale sia determinata, in misura maggiore o minore, dal tip di organizzazione che si trovano ad avere quello stato o g stati di quell'epoca alla quale appartiene chi la espone. Se a posto di una struttura del processo giuridico conforme all sua essenza concettuale viene sospinta la manifestazione este riore, più o meno tipica, del medesimo, e se invece di u esame dell'essenza giuridica si fornisce la mera descrizion degli organi esteriori che pongono in atto il processo giuridico ciò non significa che manca ogni conoscenza dell'essenza anche nell'organizzazione esteriore, nell'assetto degli organ dello stato, si esprime infatti, in una certa misura, la struttur essenziale del processo giuridico. Se questo però dev'essere conosciuto nella sua interezza, lo sguardo non può restare fermo sul profilo contenutistico dell'apparato organizzativo.

Per questa ragione, qualunque tentativo che si risolva in una ripartizione del possibile contenuto dell'ordinamento o — che è lo stesso — dei possibili fini dello stato non può condurre ad una strutturazione logica delle funzioni o poteri statali. È tipica a questo riguardo la dottrina delle cinque direzioni o campi dell'attività statale, sostenuta dalla vecchia teoria dello stato: affari esteri, amministrazione interna o polizia, finanze, amministrazione camerale, giustizia e affari di guerra; dove finanze e giustizia erano concepite come settori

speciali dell'amministrazione interna in senso lato e gli affari di guerra come funzione particolare accanto agli esteri e agli interni. Ora, non ha molta importanza il fatto che questi diversi contenuti venissero denominati *sovranità, poteri di governo, poteri sovrani, regalie* etc. Costituisce invece un decisivo passo in avanti la tripartizione adottata dalla moderna teoria dello stato, che spesso si collega con antichi tentativi; e ciò proprio perché qui, nella opposizione tra legislazione da un lato e giurisdizione e amministrazione dall'altro, viene in primo piano la differenza, effettivamente decisiva per il problema in questione, tra il generale e l'individuale, l'astratto e il concreto.

2. Legislazione e giurisdizione come creazione e applicazione del diritto

A) " *Legis latio* " e " *legis executio* ".

L'essenza della legislazione viene, in linea assolutamente generale, colta nel fatto che in questa sua funzione lo stato pone regole generali ed astratte, mentre nella giurisdizione e nell'amministrazione svolge un'attività individualizzata, assolve immediatamente compiti concreti. Il concetto di legislazione viene così identificato con quello di produzione, creazione, posizione del diritto. Sicché l'attività individualizzata dello stato, in quanto naturalmente venga intesa come atto giuridico, è definita come semplice applicazione del diritto o tutela giuridica e quindi subito contrapposta, nella sostanza, alla creazione o posizione del diritto. Quest'ultima definizione — come già mostra la stessa terminologia — è poi propriamente riferita solo alla cosiddetta giurisdizione o potere giudiziario. La funzione indicata come amministrazione o potere esecutivo non è — più o meno coerentemente — concepita né come posizione né come applicazione del diritto ma come attività sostanzialmene diversa dalla funzione giuridica dello stato, volta al perseguimento di fini non giuridici ma politici o

di progresso civile, ed è conseguentemente definita, in rapporto al diritto, in modo negativo, cioè come quell'attività statale che residua togliendo la legislazione, vale a dire la posizione del diritto, e la giurisdizione. Mentre quindi, secondo la corrente esposizione delle funzioni statali, tra il potere legislativo in quanto posizione del diritto e il potere giudiziario in quanto applicazione del diritto o tutela giuridica dev'essere senz'altro affermata una relazione giuridica positiva, la subordinazione logica che cerca di esprimersi tra legislazione come funzione generale e amministrazione come funzione individuale, al pari della giurisdizione, viene eliminata nella stessa misura in cui l'opposizione di fini statali giuridici e fini di potere o di progresso civile, in tutto fondata sul contenuto dell'ordinamento giuridico, si fa valere nel concetto di amministrazione, e si vuole intendere quest'ultima non già come funzione giuridica ma come attività sostanzialmente diversa. Viene così nuovamente abbandonata, sul piano teoretico, l'idea-guida che sola può costituire la spina dorsale della teoria delle funzioni e che, continuamente soffocata, continuamente riemerge: la distinzione tra *legis latio* e *legis executio*.

Allo scopo di trarre da questa antichissima distinzione il nocciolo esatto, è necessario eliminare anzitutto due errori che come gusci lo celano. In primo luogo, il concetto di *posizione del diritto* (*Rechtssetzung*), da esprimere col termine legislazione (*Gesetzgebung*), *legis latio*, non può essere identificato con l'attività di determinati organi, storicamente individuati, funzionanti secondo il principio della divisione del lavoro e quindi il concetto di diritto non può essere identificato con quello di *legge*. Si deve poi intendere l'opposizione di legislazione e giurisdizione, cioè di posizione e di applicazione del diritto, in senso non assoluto ma relativo.

B) Il concetto di legge: la norma generale (astratta).

Il termine *legislazione* (*Gesetzgebung*), che nella dottrina dei poteri dello stato, al pari di produzione e di creazione del

diritto, serve per esprimere la posizione di norme giuridiche, indica propriamente solo un caso particolare di posizione del diritto, al modo stesso che *legge* (*Gesetz*), nel suo significato tecnico, si riferisce solo ad una caso particolare, ad una forma specifica di *diritto*. Si chiama *legislazione* l'attività di determinati organi, che agiscono secondo il principio della divisione del lavoro, deliberatamente rivolta a porre il diritto. Si ridurrebbe certamente troppo la portata che il concetto di legislazione assume nella dottrina dei poteri tradizionale se vi si volesse comprendere solo l'attività di posizione del diritto propria degli organi costituiti in forme democratiche, per esempio della sola assemblea o rappresentanza popolare, e non anche quella dell'autocrate. Anche il monarca assoluto, infatti, emana *leggi* e anche la sua *legislazione* può essere distinta dall'applicazione delle leggi fatta da lui o dai suoi organi. C'è tuttavia in campo pure la tendenza a questo restringimento del concetto di legislazione, chiaramente ispirato da motivi giusnaturalistici.

È comprensibile che, quando la legislazione e la giurisdizione come funzioni di organi si riuniscono, almeno potenzialmente, in una sola mano, ci si renda meno conto della differenza teoretica che sta nel loro contrasto; ed è perciò molto significativo che la teoria della funzione statale sostenuta nell'epoca della monarchia assoluta, del cosiddetto stato di polizia, non annoveri affatto, fra i cinque poteri sovrani sopra ricordati, la legislazione come potere speciale o regalia. Si deve invece ammettere che nel concetto di legislazione della dottrina dei poteri per *legge* sia da intendere solo la norma generale. Sebbene ciò che viene qualificato *generale* o *astratto* sia la funzione dello stato e quindi lo stesso atto, tuttavia — poiché gli atti di legislazione come tali possono essere solo concreti e individuali — solo il prodotto di quest'atto può avere un significato generale o individuale, astratto o concreto. Usando il termine *legge* si pensa, per l'appunto, esclusivamente o principalmente a norme generali o astratte. E se s'identifica senz'altro la legislazione con la creazione del diritto, ciò accade perché si concepisce senz'altro il diritto come

una somma di norme generali, lo si immagina solo in forma generale, astratta. Mostreremo subito, però, come questo concetto di diritto sia chiaramente troppo angusto e come possa quindi portare a insolubili contraddizioni.

C) Statuizione e creazione consuetudinaria del diritto.

Dev'essere però ancora soprattutto precisato che il concetto di produzione o di posizione del diritto espresso col termine *legislazione* è troppo angusto anche per il fatto che la produzione del diritto — sia pure nel senso di *posizione* di norme generali — è possibile non solo come consapevole *statuizione* del diritto (*Rechtssatzung*) da parte di organi particolari ma anche nella forma di uso abituale di tutti i consociati. Anche il cosiddetto diritto consuetudinario viene posto, è positivo, è il risultato di una produzione, di una creazione, anche se non di una *statuizione*. Solo che neppure questo genere di produzione di norme generali — un genere estremamente democratico — colpisce troppo la coscienza teorico-giuridica e quindi il contrasto tra la posizione di norme generali e la cosiddetta applicazione del diritto, la giurisdizione, sfugge alla conoscenza giuridica. Il contrasto tuttavia c'è e non può non esserci anche qui, sol che si riconosca che ciò che la teoria dei poteri chiama applicazione del diritto, giurisdizione e contrappone alla posizione o creazione del diritto, altro non è che la posizione di norme individuali, concrete; sicché la differenza che conta è quella tra posizione di norme generali e posizione di norme individuali.

D) Diritto individuale.

Questa distinzione è essenziale sul piano dei concetti e indipendente da qualunque soluzione di diritto positivo. Anche quando sembra che siano emanati solo atti giuridici individuali — quando, per esempio, un capo, agendo come monarca assoluto e giudice esclusivo, punisce i malfattori solo nei casi in cui gli aggrada e toglie con la forza i beni ai debitori per

darli ai creditori senza aver prima posto norme generali di diritto penale o civile, o addirittura senza che norme di tal genere siano state positivamente introdotte anche per altra via, in particolare prodotte per via consuetudinaria — anche allora, per poter concepire questi atti coercitivi del capo come atti giuridici, atti della comunità, atti dello stato, e l'individuo che li pone in essere come *capo*, cioè come organo della comunità, è necessaria una norma, anche se non propriamente posta o statuita però in ogni caso *presup*posta, che cosituisca quest'individuo come autorità giuridica, che stabilisca che, sempre nelle condizioni stabilite caso per caso a piacimento di quest'uomo — qualificato quindi subito come capo — sia posto in essere un atto coercitivo che spetta sempre allo stesso individuo di stabilire a piacimento caso per caso.

Questa norma è per sua natura generale ed astratta. E senza questa *legge* fondamentale (Grund-*Gesetz*) che viene applicata agli atti giuridici individuali del capo, questi ultimi come tali, cioè come atti giuridici individuali, non sono possibili. Il caso in cui l'unica norma generale è costituita da questa ipotetica norma presupposta è tuttavia solo un caso-limite teorico.

E) *L'individualizzazione (concretizzazione) della norma generale (astratta)* (1).

Con l'uso giuridico individuale si formano sempre norme giuridiche positive generali, sia pure per via di consuetudine. In tali norme ad una fattispecie astrattamente determinata viene collegata una conseguenza giuridica ugualmente determinata in astratto. La norma generale, però, tanto se prodotta in modo consuetudinario quanto se statuita da organi parti-

(1) La teoria della produzione graduale del diritto, qui di seguito esposta, si basa sulla dottrina della costruzione a gradi dell'ordinamento giuridico, che Adolf Merkl ha per primo sistematicamente sviluppato. Cfr. il suo scritto *Das Recht im Lichte seiner Anwendung*, Hannover, 1917, e il suo volume *Die Lehre von der Rechtskraft* (Weiner staatsw. Studien, XV Bd., 2 Heft), 1923.

colari, preposti alla creazione di norme generali, e chiamat *legge*, ha bisogno, per avere un senso, di essere individuali zata. Si deve stabilire se esiste *in concreto* la fattispecie ch la norma generale ha definito *in abstracto* e per questo ca si deve porre in essere, cioè prima ordinare e poi realizzar un atto coercitivo ugualmente previsto dalla norma genera *in abstracto*. La sentenza del giudice, l'atto in cui si esprim il potere giudiziario, viene chiamata giurisdizione (*Recht prechung*), pronuncia (*Rechtspruch*), come se, per così dir fosse solo dichiarativamente pronunciato ciò che già — nell norma generale — è diritto. Questa è però una terminologi che nasconde il pieno significato della cosiddetta pronuncia quindi del giudice — forse non senza una inconscia inten zione. *Che* infatti vi sia una fattispecie concreta da collegar con la sanzione e che essa venga collegata con una sanzion concreta, è un rapporto interamente creato dalla sentenza. S la legge dispone che ogni qualvolta viene commesso un furt dev'essere inflitta al ladro la reclusione da sei mesi a due anni la sentenza stabilisce che A ha rubato e dev'essere punit con la reclusione di un anno (a partire da un certo momento) senza questa sentenza il diritto astratto non potrebbe assumer forma concreta. La sentenza che dichiara esistente nel caso concreto la fattispecie che la legge definisce solo in termini generali e pronuncia la sanzione concreta che la legge prevede solo in generale, altro quindi non è che una norma giuridica individuale, l'individualizzazione o concretizzazione della norma giuridica generale o astratta. (La sentenza giudiziaria non è certamente l'unico mezzo di concretizzazione del diritto. Anche il negozio giuridico è un mezzo analogo; questo problema appartiene però ad un altro contesto).

F) Legislazione e giurisdizione: due gradi del processo di produzione del diritto.

L'atto giurisdizionale è pertanto posizione, creazione, produzione del diritto al pari dell'atto legislativo ed entrambi

sono soltanto due gradi del processo di produzione del diritto; la cui unità deriva dalla necessaria subordinazione del grado più basso al grado più alto, sicché la norma del grado più alto, cioè la norma generale, astratta, determina in misura maggiore o minore il contenuto della norma del grado più basso, cioè della norma più individuale, più concreta. Tutto il processo di produzione del diritto si manifesta come una serie di individualizzazioni e concretizzazioni che aumentano gradualmente. Il diritto non è dato affatto, come di solito si assume, solo in forma di legge, solo a livello di norme generali. La *legge* non è né l'unico e neppure il più alto grado dell'ordinamento giuridico, com'è stato appena affermato da una nuova e assai meritoria teoria. Come la giurisdizione — che la dottrina tradizionale ha contrapposto in linea assoluta, in quanto applicazione, alla legislazione in quanto creazione del diritto — è anch'essa creazione, così la legislazione è anch'essa applicazione. La sentenza giudiziaria è applicazione in quanto la si ponga in rapporto col più alto grado della legge, dalla quale è giuridicamente determinata; è creazione del diritto, normazione giuridica, in quanto la si ponga in rapporto con quegli atti giuridici che devono essere compiuti *sulla base* di essa, per esempio gli atti esecutivi, o in quanto si abbia riguardo alle parti alle quali essa impone obblighi concreti. Analogamente la legge, che rispetto alla sentenza è creazione, è applicazione del diritto rispetto ad un grado più alto dalle cui norme viene determinata.

G) Il grado della costituzione.

Per individuare questo grado più alto bisogna tener presente che il diritto ha la caratteristica di disciplinare la propria produzione e che pertanto il modo di legiferare, il procedimento di produzione di norme generali, possono essere a loro volta determinati da norme generali positive. Queste norme vengono denominate norme costituzionali e la *costituzione* (*Verfassung*), rispetto alla legge, è un grado più alto. La costi-

zione viene *applicata* nella legge in quanto il procedimento legislativo è determinato dalle disposizioni costituzionali con la sentenza giudiziara è determinata dalla legge che essa deve applicare. A questo proposito, non è possibile scorgere una differenza sostanziale nel fatto che la sentenza è determinata dalle leggi processuali formali da un lato e da leggi civili e penali sostanziali dall'altro, non solo quindi per ciò che riguarda la procedura che ad essa conduce ma anche per ciò che riguarda il suo contenuto, mentre la legge non è determinata dalla costituzione nel contenuto ma solo nel procedimento. Da una parte, infatti, neppure il contenuto della sentenza è mai completamente determinato — e, per motivi che spiegheremo più avanti, mai completamente determinabile — dalla legge sostanziale; dall'altra, anche il contenuto della legge può essere determinato dalla costituzione, vale a dire da un'altra legge. La costituzione vieta quindi taluni contenuti e altri ne prescrive, sicché la legge può apparire attuazione della costituzione come la sentenza attuazione della legge.

H) Giurisdizione e tutela giuridica.

Un'idea oltremodo confusa del rapporto tra legislazione e giurisdizione sta nella qualificazione, così frequente, di quest'ultima, come *tutela giuridica* (*Rechtsschutz*). Orbene, è il diritto che viene tutelato — e da chi? forse dallo stato? — o è il diritto che tutela esso stesso qualcos'altro, per esempio degli interessi? In un certo senso, è possibile affermare l'una e l'altra cosa, senza con ciò qualificare specificamente la pronuncia del giudice rispetto alla legge, giacché anche nella legge il diritto viene tutelato e tutela. Se la sentenza del giudice — del resto da un punto di vista affatto soggettivo — viene intesa come *tutela* d'interessi individuali, ciò vale anche, anzi soprattutto per la legge, le cui norme generali devono prima tutelare gli interessi astrattamente affinché il tribunale li possa poi tutelare in concreto. La legge è *diritto*, *tutela giuridica* non diversamente dalla sentenza; si tratta di due fasi della tutela giuri-

dica d'interessi. Che la sentenza giudiziaria sia soggettivamente più vicina alla parte e venga quindi più facilmente considerata come *tutela*, è reso certamente comprensibile da una ingenua concettuologia che si ferma alla superficie. D'altra parte, si ripete che ciò che viene tutelato con la sentenza è il *diritto* e si vede così nel tribunale lo *stato*, che sta *dietro* il *diritto* — identificato con la *legge* — e tutela questo diritto col suo potere coercitivo, imponendolo e attuandolo contro la volontà dei riottosi. Ma non è pure lo *stato* che — come emana la sentenza — *pone* la norma generale della legge? Non è, in entrambi i casi, un organo stabilito dal diritto che ora statuisce la norma generale ora la norma individuale? Non si tratta quindi di stadi diversi di un solo, autonomo processo? Nella sentenza, lo stato non *tutela* il diritto in un senso diverso da quello in cui lo *pone* nella legge. Che il diritto viene tutelato nella sentenza altro non significa se non che la norma generale della legge è logicamente contenuta nella norma individuale della sentenza, che la sentenza è conforme alla legge, che è proprio lo stesso diritto, la cui produzione, iniziata nella costituzione, divenuta processo del tutto cosciente e scoperto nella legge, dove il suo contenuto è fissato con la massima forza, viene continuata, concretizzata, individualizzata nella sentenza.

3. Legge e regolamento

A) *La legge in senso formale.*

Poiché il contrasto tra individuale e generale, concreto e astratto, non è assoluto ma relativo e poiché il modo d'individualizzazione e di concretizzazione può avere quanti gradi si voglia, anche l'articolazione positiva del processo di produzione del diritto — e, sotto questo profilo, l'intero ordinamento giuridico è solo un processo di produzione del diritto — può avere qualsiasi numero di gradi. Anche se, a termini delle disposizioni costituzionali, un unico organo è fondamentalmente chiamato a porre norme generali ed è, come tale, il *legislatore* in

senso formale, esso è per lo più anche autorizzato a trasferire entro certi limiti, ad altri organi la facoltà di emanare norme generali. Così, in tutti gli stati moderni, autorità che non sono considerate organi *legislativi* possono emanare *regolamenti* (*Verordnungen*) in base alla legge, porre cioè norme generali nelle quali le leggi vengono attuate, applicate in modo più particolare. In quanto norme generali, anzi semplicemente in quanto norme, anche i *regolamenti* sono leggi in senso materiale. Di legge in senso formale si parla solo a proposito delle norme che vengono poste dall'organo immediatamente stabilito dalla costituzione e quindi dall'organo di grado relativamente più alto, cioè delle norme generali del grado più alto della normazione. In quanto però l'organo indicato come *legislatore* può porre anche norme diverse dalle norme generali, per esempio norme individuali, il concetto tradizionale di *legge in senso formale* abbraccia anche questi atti. È quindi opportuno parlare di *forma di legge* e ricomprendervi qualunque atto del legislatore senza riguardo al suo contenuto. Il concetto di legge è così determinato una volta attraverso il concetto dell'atto — la norma generale — e un'altra volta attraverso l'organo che lo pone in essere.

B) Il concetto di regolamento.

E questo vale anche per il concetto di regolamento. Se, da un lato, per regolamento è da intendere la norma generale non posta dall'organo legislativo, dall'altro — secondo l'uso linguistico generale — non ogni norma generale di questo tipo viene qualificata regolamento. Si richiede anche qui — e ciò costituisce il concetto di regolamento in senso formale — che la norma generale sia emanata da un organo precisamente qualificato. E a questo proposito va cercata una certa linea di demarcazione, anche se molto relativa e mobile. Quando la legge, la norma generale, stabilisce che, qualora intervenga un accordo tra soggetti *privati*, le parti si devono comportare in conformità dell'accordo e che, in caso contrario, si procede all'esecu-

zione nei riguardi della parte inadempiente su domanda dell'altra, anche questa è solo una delega a porre diritto fatta alle parti. La norma di diritto contrattuale, che rappresenta solo un modulo in bianco, viene attuata dalle parti stipulanti — dal solo punto di vista della fattispecie in questione, è vero, — così specificamente come la legge viene attuata dal regolamento; il processo di produzione del diritto viene continuato dalle parti private. Rispetto alla norma di diritto contrattuale contenuta nella legge, il negozio giuridico è applicazione del diritto; nei riguardi però delle parti, anzi nei riguardi dei tribunali chiamati a decidere in caso di controversia, esso è produzione di norme. La fattispecie del negozio giuridico riempie infatti la norma di diritto contrattuale nel caso concreto con un contenuto concreto. Senza questa fattispecie, neppure i tribunali potrebbero applicare quella norma. Il negozio giuridico può porre norme individuali ma può anche porre norme generali, a seconda che venga convenuto un comportamento che si esaurisce in una sola volta o un comportamento che si ripete, che ricorre in presenza di determinate condizioni. La mente corre ai contratti di società, ai contratti di lavoro collettivo, alle tariffe ferroviarie e simili. Si tratta di norme generali, che obbligano le parti. Il fatto che il loro contenuto sia determinato dagli stessi obbligati, è un modo democratico di produrle che non può togliere loro il carattere di norma; tanto più che in molte di queste forme intermedie — per esempio statuti, tariffe — l'assenso di coloro che sono sottoposti alla norma è solo una finzione. La differenza rispetto al regolamento emanato unilateralmente, autocraticamente da un'autorità, è assai poca; e così pure rispetto al regolamento emanato da un organo costituito democraticamente. Se si vuole cogliere la differenza tra il regolamento e il negozio giuridico generale nel fatto che quello proviene da un organo statale — nominato in forma autocratica o democratica — e questo invece da parti private, è facile mostrare che il concetto di organo dello stato non consente una delimitazione così netta rispetto al concetto di parte e di soggetto privato, come si è soliti ritenere.

4. L'amministrazione

A) *Amministrazione e diritto.*

Dopo quanto abbiamo detto fin qui, si comprende da che anche la funzione statale qualificata come amministrazio può essere concepita solo come individualizzazione o concr tizzazione di leggi e che non si può ammettere una distinzio essenziale tra essa e la cosiddetta giurisdizione nei riguar della legislazione e neppure ammettere una sua differenza sostanza rispetto a quest'ultima. Quando la dottrina dominant in parte in contraddizione aperta con i propri presuppos cerca di scoprirvi una così fondamentale antinomia, vi ries — in apparenza — solo in quanto fonda il concetto di ammin strazione sull'oggetto o fine dello stato, mentre fonda le du altre funzioni o poteri sulla forma dello stato, cioè sul diritt L'amministrazione viene intesa come perseguimento dei fin e dei compiti dello stato, e più in particolare come attività st tale rivolta al perseguimento di fini politici e di progresso civi le. La connessione di questa funzione col diritto, che non lascia certamente eliminare, viene sospinta nell'ombra, mentr viene spesso sottolineato che l'amministrazione è una *liber attività* dello stato e s'ingenera l'idea che lo stato amministra tore possa propriamente concepirsi svincolato dal diritto, ch l'amministrazione non abbia, nella sua essenza, nulla a ch fare col diritto, anche se il diritto si riferisce in qualch modo all'amministrazione. Ora, che anche l'amministrazione al pari di qualunque attività dello stato, possa entrare in scen solo come contenuto di norme giuridiche, di atti giuridici, ch fini politici e di progresso e fini giuridici non si escludan a vicenda ma il diritto sia proprio la forma specifica o il mezz specifico del progresso politico e civile; e che, dal punto d vista dei fini, anche la cosiddetta funzione giuridica dell stato — legislazione e giurisdizione — serva a fini politici civili, sia funzione orientata all'affermazione politica e al pro

gresso civile, tutto ciò — se si concepisce lo stato come ordinamento giuridico — si comprende da sé.

B) La legge e il regolamento come fondamenti dell'amministrazione.

Sul piano tecnico-giuridico, lo stato amministra rendendo obbligatorio con la legge o con il regolamento un determinato comportamento degli individui e stabilendo una pena o l'esecuzione forzata per il comportamento opposto: disposizioni di politica sociale, di diritto industriale, di polizia sanitaria, ecc. Se il comportamento degli individui che evita la coazione è lo scopo delle norme di diritto amministrativo — come lo è delle norme di diritto civile e penale — allora lo scopo amministrativo — proprio come lo scopo giuridico — viene perseguito attraverso gli atti dell'amministrazione solo in modo indiretto, mediato. Si tratta fondamentalmente dello stesso fenomeno che si verifica in quell'attività che viene contrapposta all'amministrazione in quanto *giurisdizione*. Legge e regolamento stanno alla base tanto della giurisdizione quanto dell'amministrazione, anche se — stranamente — la legislazione viene concepita come funzione giuridica e il potere regolamentare invece come appartenente all'amministrazione. E si fa pure distinzione tra leggi amministrative (*Verwaltungsgesetze*) e leggi giudiziarie (*Justizgesetze*), destinate cioè ad essere applicate dai tribunali. E sebbene il potere regolamentare come tale venga riferito al potere esecutivo, si distingue ancora tra regolamenti giuridici (*Rechtsverordnungen*) e regolamenti amministrativi (*Verwaltungsverordnungen*), intendendo questi ultimi come quelli che obbligano solo gli organi dello stato e non anche i cittadini, come fanno i regolamenti giuridici. Ora, sul fatto che i regolamenti vengano distinti da questo punto di vista non c'è nulla da obiettare. È invece da escludere che solo i primi possano valere come norme giuridiche e non anche i regolamenti amministrativi. Dal momento che obbligano giuridicamente gli organi dello stato,

ponendo a loro carico doveri giuridici — e quali altre norme o doveri potrebbero esserci nel diritto amministrativo ? —, a che i cosiddetti regolamenti amministrativi devono essere considerati regolamenti giuridici. Non c'è bisogno di confutare qui tutta questa strana teoria dei regolamenti amministrativi che sarebbero carenti del carattere giuridico, la quale procede dall'idea che queste norme restano nell'ambito dell'apparato statale, non si protendono al di là dello *stato*, sicché essendo *solo* stato, non sono diritto! (come se l'apparato *statale* fosse cosa diversa da un sistema di norme giuridiche!). Essa è solo da considerare un sintomo della tendenza, propria della dottrina dominante, a collocare l'amministrazione — trattata di tutto ingenuamente come diritto amministrativo — al di fuori dell'ambito del diritto.

C) *Amministrazione come giurisdizione (amministrazione statale indiretta).*

Le leggi e i regolamenti che, secondo il loro contenuto, sono tradizionalmente denominati disposizioni *amministrative* — come le leggi industriali, sanitarie, scolastiche, ecc. — vengono applicate *in concreto* esattamente come le cosiddette leggi giudiziarie: un'autorità accerta la fattispecie posta dalla norma generale come condizione dell'atto coercitivo e infligge la sanzione, la cosiddetta coazione amministrativa, cioè una pena pecuniaria o restrittiva della libertà personale, l'esecuzione. Ora è tanto legittimo qualificare l'atto amministrativo come accertamento di un diritto contestato o incerto quanto lo è per la sentenza giudiziaria. Esso è giurisdizione e posizione di norme individuali, nello stesso senso di questa. La differenza rispetto alla giurisdizione è quasi esclusivamente tecnico-organizzativa e riguarda la posizione dell'autorità che applica la coazione e che in un caso è un tribunale indipendente e nell'altro un'autorità amministrativa dipendente. I tribunali non sono legati alle direttive di organi sovraordinati, ma devono applicare le norme giuridiche che vengono al loro esame secondo il loro

convincimento. Le autorità amministrative, invece, sono di regola vincolate dalle direttive di organi superiori. Da ciò deriva che il procedimento dei tribunali è regolato dalle leggi fin nei dettagli, e si svolge per lo più in forma pubblica e per gradi, mentre ciò non accadeva in origine per il procedimento amministrativo; nei moderni stati civili, però, questo viene sempre più avvicinato al primo, sicché anche la differenza tecnico-organizzativa diviene sempre minore. Ma su ciò dovremo tornare più avanti.

La separazione tra autorità giudiziaria e autorità amministrativa si spiega in primo luogo sul terreno storico. Fra i vari motivi che in tutti gli stati moderni hanno condotto a questo sviluppo c'è stato, fra l'altro, probabilmente, anche il fatto che in quelle materie la cui concretizzazione giuridica è stata affidata ai tribunali l'interesse dei sudditi era più forte di quello dei principi assoluti. Si tratta di ciò che viene chiamato diritto penale e civile, cioè della tutela della vita, dell'onore e della proprietà privata. Per il resto, il confine tra questioni giudiziarie e questioni amministrative è più o meno un arbitrio storico. Per ciò che riguarda specificamente la separazione tra questioni giudiziarie e questioni amministrative penali, queste ultime sono delitti insignificanti e quindi non si tratta di pene infamanti. Neppure qui, tuttavia, è possibile tracciare una linea di demarcazione concettuale.

D) L'amministrazione diretta dello « stato » (il concetto sostanziale di stato).

Senonché, nell'amministrazione, lo stato — per usare la terminologia corrente — può non limitarsi ad obbligare i soggetti ad un determinato comportamento — che favorisca i fini di sviluppo civile o politico — e a perseguire quindi i fini amministrativi solo in via indiretta, ma può creare direttamente esso stesso le fattispecie che favoriscano, quei fini. Può costruire ospedali e curarvi i malati, erigere scuole e impartirvi l'insegnamento, gestire ferrovie, ecc.. Anche in questo

caso, tuttavia, il comportamento desiderato viene garantito s mediante norme coercitive generali e individuali. La parti larità sta solo nel fatto che il comportamento desiderato co tuisce un dovere di organi professionalmente adibiti a tale a vità e retribuiti con denaro dello stato. È certamente assai verso, sul piano tecnico-giuridico, che alla costruzione di u scuola, all'assunzione degli insegnanti ecc. siano obbligati *privati* mediante la comminazione di una pena o che tutto formi il contenuto di doveri d'ufficio sanzionati in via di plinare, che alle spese si provveda con denaro privato o atti gendo alle casse *dello stato*. E se in quest'ultimo caso si pa di scuole statali, ferrovie statali e quindi di una corrisponden attività dello stato, di *amministrazione* dello stato, mentre n primo caso ci troviamo solo di fronte a scuole private, ferrov private e quindi ad un'attività, ad un'amministrazione soltan privata, è chiaro che viene introdotto un concetto di *stato* d tutto diverso da quello che sta nel concetto formale di funzion statale. Le fattispecie vengono qui denominate amministr zione dello stato, in quanto poste in essere da individui qua ficati sul piano tecnico-giuridico in un modo ben preciso. Siam qui in presenza di un concetto di stato affatto speciale, ass complesso ed esclusivamente sostanziale.

Di funzione statale non nel senso di funzione giuridica for male ma in uno specifico significato sostanziale si tratta quand in presenza di determinate condizioni, vengono imputate all stato fattispecie che non sono atti coercitivi (né appartengon al procedimento preparatorio di atti coercitivi) ma rap presentano comportamenti che evitano la coercizione. Da punto di vista della teoria della norma giuridica qui sostenuta la norma collega, attraverso il *dover essere*, una fattispeci condizionante con una conseguenza caratterizzata come atto coercitivo. In ciò trova espressione l'idea che il diritto sia essen zialmente un ordinamento coercitivo e lo stato un apparato d coercizione. La specifica reazione del diritto, l'atto coercitivo (o il suo procedimento preparatorio, in sede giudiziaria o am ministrativa) è quindi atto o funzione dello stato. In un si

gnificato amplissimo, naturalmente *qualunque* fattispecie giuridica — in quanto si consideri il suo essere posta — è un atto giuridico; in particolare, anche quella che troviamo nelle cosidette norme secondarie che stabiliscono il comportamento che evita la coercizione. In quanto la qualità di atto o funzione statale di una fattispecie deriva dalla sua collocazione nel sistema e in quanto, in particolare, una fattispecie vale come atto dello stato perché rappresenta la reazione del diritto, la conseguenza giuridica, abbiamo a che fare con concetti di funzione e di stato puramente formali. Senonché, fra gli atti dell'amministrazione qualificati come atti statali, alcuni sono atti giuridici solo nel senso che sono stabiliti in norme secondarie come comportamenti che evitano la coercizione. L'attività delle autorità scolastiche statali, per esempio, è giuridicamente da concepire solo come contenuto di norme secondarie. Il comportamento opposto forma il contenuto di norme di diritto disciplinare. Ma tutti i soggetti pongono senz'altro in essere queste fattispecie con il loro comportamento conforme al diritto. Se quindi li si può far valere anche come organi del diritto o dello stato nel senso più ampio e rigorosamente formale della parola, esiste una chiara differenza tra il semplice comportamento conforme al diritto e gli atti dell'amministrazione qualificati come atti statali in senso stretto e specifico. Questi giuridicamente non sono caratterizzati a sufficienza dal fatto che costituiscono un comportamento conforme al diritto, che evita la coercizione, dal fatto che sono il contenuto di norme secondarie. Proprio così: la loro qualità di atti *dello stato* in questo senso nuovo e specifico non deriva certamente dalla loro posizione nel sistema; gl'individui che li pongono in essere non sono organi dello stato perché svolgono funzioni statali, ma, al contrario, questi atti sono atti dello stato perché gl'individui che li pongono in essere sono qualificati in un modo particolare sotto il profilo giuridico-sostanziale, perché sono organi dello stato in uno specifico significato sostanziale. Organi dello stato in questo senso — semplificando essenzial-

mente l'indicata, assai complessa fattispecie — devono es qui denominati *funzionari dello stato*.

In un ordinamento statale sviluppato sotto il profilo tecni giuridico, gli atti statali in senso formale che si present essenzialmente come reazione del diritto, cioè gli atti di co cizione posti dall'ordinamento giuridico (e così pure gli del loro procedimento preparatorio), vengono realizzati da gani intesi nello specifico senso sostanziale della parola, *funzionari* dello stato, e *solo* da questi organi. Essi riunisco pertanto in sé le qualità di atti statali in senso formale e senso sostanziale. Con l'andar del tempo, a quelli che so organi dello stato in questo senso sostanziale, ai funzionari tali, vengono anche assegnate funzioni diverse dalla realiz zione di atti coercitivi. L'apparato statale — costituito da gani in questo significato sostanziale — svolge, anche so nella forma del diritto, un'ulteriore attività. La forma del ritto consiste in ciò che quest'attività si presenta come con nuto di norme secondarie. Se si parte da questo concetto stanziale di stato, si deve affermare che lo *stato*, erigen scuole e impartendovi l'insegnamento, costruendo e gesten ferrovie ecc., pone in essere fattispecie al pari degli altri so getti non qualificati *organi statali* in questo senso sostanzia Mentre però gli atti di realizzazione coercitiva sono posti essere *solo* dallo *stato*, le fattispecie che evitano la coercizio sono poste in essere *anche* dallo stato in questo significato s stanziale. In questo campo lo stato si presenta in concorso co i sudditi, in quello invece ha una posizione di monopolio.

E) *La differenza tra amministrazione e giurisdizione (fu zione giudiziaria).*

Da questo esame si ricava già una differenza decisi tra funzione giudiziaria, in quanto giurisdizione, e ammin strazione. La funzione dello stato denominata giudiziaria giurisdizionale è sostanzialmente rivolta a porre l'atto coer tivo o il procedimento che lo prepara. In questo senso, è an

tutto una funzione formale dello stato, una funzione statale nel senso formale del termine. Anche la funzione denominata amministrazione lo è in gran parte e in questa misura è giurisdizione al pari della funzione giudiziaria, senz'altro qualificata come tale. Per ciò che riguarda il contenuto della funzione, non c'è una differenza notevole tra amministrazione e funzione giudiziaria. L'amministrazione tuttavia — in quanto posizione di fattispecie di comportamenti che evitano la sanzione, in quanto posizione ed esecuzione di norme secondarie — è *anche* funzione statale nel solo significato sostanziale della parola. E sotto questo aspetto, in relazione al carattere della funzione, c'è una differenza notevole rispetto alla giurisdizione, tanto se svolta dai tribunali, quanto se svolta dalle autorità amministrative. La grande confusione che esiste nella dottrina delle funzioni statali è, non da ultimo, da ricondurre al fatto che alla base dei concetti di giurisdizione e amministrazione stanno due diversi concetti di stato e di funzione, uno formale e uno sostanziale, e che lo stesso concetto convenzionale di amministrazione è del tutto discorde, in quanto abbraccia due gruppi di funzioni teoreticamente diverse.

F) *Amministrazione come « libera » attività dello stato. Il problema del potere « discrezionale ».*

Va tuttavia affermato che l'amministrazione, anche per quella parte che presenta una diversità funzionale rispetto alla giurisdizione, è assolutamente una funzione giuridica, consiste soltanto in atti giuridici. La tendenza a concepire la funzione amministrativa dello stato al di fuori dell'ambito del diritto dev'essere perciò decisamente respinta. Essa si manifesta anche nel tentativo di differenziare giurisdizione e amministrazione caratterizzando questa rispetto a quella come essenzialmente *libera*. Questa *libertà* dell'amministrazione è da intendere naturalmente nel senso di libertà dal diritto. Ma poiché una totale assenza di rapporti dell'amministrazione col diritto non è possibile — a causa delle leggi amministrative —, si cerca di

presentare i rapporti tra legge e pronuncia del giudice in me essenzialmente diverso dai rapporti tra legge e amministrazion quello applica la legge, giudica secondo la legge, è vincol dalla legge; questa, entro i limiti segnati dalle norme giu diche, si svolge liberamente, è libero perseguimento dei fi statali entro i limiti del diritto. Alla sua essenza apparti quindi il potere discrezionale delle autorità amministrative.

Questa distinzione è logicamente insostenibile e nascon un postulato politico che contraddice il diritto positivo. È cile mostrare come ogni applicazione del diritto, cioè ogni co cretizzazione di norme generali, ogni passaggio da un grad più alto ad un grado più basso della produzione del diritto, solo riempimento di una cornice, attività entro i limiti po dalla norma di grado più alto. La determinazione del grad più basso da parte del grado più alto non può mai essere com pleta, nel grado più basso possono sempre sopravvenire circ stanze sostanziali che ancora mancano nel grado più alto, diversamente sarebbe impossibile un ulteriore progresso nel produzione del diritto e superfluo un grado ulteriore: propri come tra un concetto astratto e un'idea concreta dev'esser necessariamente una sostanziale differenza.

Questa differenza necessaria tra grado più alto e grado pi basso nella concretizzazione del diritto è il cosiddetto *poter discrezionale* (*freie Ermessen*). Esso esiste fondamentalment tanto nella giurisdizione quanto nell'amministrazione, giacché per l'appunto, entrambe sono determinate in misura maggior o minore ma mai completamente dalla legislazione, com questa è a sua volta determinata in misura maggiore o minor dalla costituzione, ed ha quindi un margine più o meno ampio di discrezionalità. Se il giudice, in un caso concreto, debb assumere come data una fattispecie penale, quale pena debb infliggere entro i limiti a lui imposti dalla legge, se l'autorit amministrativa debba requisire al proprietario il bestiame so spetto di epidemia e lo debba abbattere, e quale contenuto i legislatore debba dare alle norme che intende emanare, tutto ci appartiene al potere *discrezionale* e al tempo stesso *vincolato*

Sarebbe una fatica vana voler stabilire differenze qualitative fra questi casi, nei quali vi sono invece differenze solo quantitative. Di regola, la discrezionalità del legislatore è certamente maggiore di quella del giudice penale, e quella delle autorità amministrative si colloca per lo più tra l'una e l'altra. Questa è però soltanto la disciplina media, di diritto positivo, e le cose possono andare diversamente. Vi sono casi di esteso vincolo imposto al legislatore e casi di straordinaria libertà del giudice.

Proprio sul problema del limite entro il quale chi applica il diritto deve essere vincolato dalla legge si contrastano due vedute di politica del diritto: gli uni richiedono un vincolo esteso, affinché il singolo non resti abbandonato all'arbitrio dell'organo, vi sia certezza in questa fase della concretizzazione del diritto e questa sia prevedibile e calcolabile al massimo; gli altri chiedono un'ampia libertà, affinché la norma individuale, la decisione o il decreto, si accomodi il più possibile alla particolarità del caso, e sia evitato il rigore connesso con una normazione generale che scenda troppo nei dettagli, che sia troppo articolata. La soluzione di questo contrasto dipende in modo rilevante dalla qualità del materiale umano reperibile per la funzione dell'organo e quindi, in ultima analisi, dalla fiducia nella bontà dell'uomo. Se si crede nella possibilità di uomini buoni, che non facciano cattivo uso delle loro capacità, che siano saggi e giusti, si lascerà tutto alla discrezione di questi giudici-re; diversamente, si cercherà di limitare al massimo questa discrezione che costituisce la forza, la forza giuridica di chi applica il diritto. Anche nei casi di estrema discrezionalità, tuttavia, la legge e quindi il vincolo ch'essa impone non vengono meno del tutto. C'è sempre, sia pure in forma presupposta, una legge fondamentale, che istituisce il giudice-re come tale e stabilisce *che* il diritto specifico, individuale verrà posto e coattivamente attuato. La discrezionalità non è pertanto mai assoluta, senza una norma che stabilisca l'atto che rientra nel potere discrezionale, giacché altrimenti non sarebbe possibile concepire quest'atto come atto

giuridico e l'individuo che lo pone in essere come organo dello stato; d'altra parte, essa non è mai del tutto vincolata giacché diversamente l'atto che rientra nel potere discrezionale sarebbe impossibile. Se nel concetto di *applicazione* della legge si esprime il carattere vincolato dell'atto giuridico individuale, il concetto di un agire *entro i limiti della legge*, soltanto *secondo* la legge, si riferisce alla libertà che la legge necessariamente lascerà all'atto giuridico individuale. Non ha senso dividere gli atti giuridici in vincolati e liberi, giacché tutti gli atti giuridici hanno entrambi i caratteri; e tale suddivisione indica solo il tentativo di privare taluni atti del loro carattere giuridico col dichiararli essenzialmente liberi.

G) Conformità dell'amministrazione al modello giudiziario.

Senza dubbio, la teoria dell'amministrazione come attività statale essenzialmente *libera* si spiega in parte anche col fatto che l'attività dello stato denominata *amministrazione* non era — in origine — definita così minuziosamente da norme generali di contenuto materiale, come l'attività svolta dai tribunali. Nella monarchia assoluta il monarca aveva pochi motivi per limitare particolarmente in questa direzione con *legge* la facoltà, a lui attribuita dalla costituzione, di porre liberamente il diritto. Ma già nella monarchia costituzionale, dove il fondamento della posizione del diritto individuale non è più la volontà del solo monarca ma la *legge* come deliberazione sanzionata del parlamento, c'è la necessità, quando lo stato debba espandere la propria attività amministrativa in una certa direzione, che ciò avvenga per mezzo di apposite leggi. Queste possono avere un carattere affatto generale e lasciare alle autorità amministrative un margine di discrezionalità più ampio di quello che le leggi giudiziarie, numerose all'epoca della monarchia assoluta, sono solite accordare ai tribunali. Solo che nel corso dello sviluppo questa differenza scomparve quasi completamente. Quanto più importanti diventano gl'interessi individuali sui quali incidono le leggi amministrative

quanto maggiore è il potere del parlamento nei confronti del monarca comprensibilmente interessato alla discrezionalità degli organi amministrativi a lui sottoposti, tanto più il procedimento amministrativo si conforma a quello giudiziario; non solo: ma tanto più dettagliate diventano le leggi amministrative, tanto più precisamente regolano l'attività dell'amministrazione. D'altra parte, però, si riaffermano varie tendenze ad allentare i troppo estesi vincoli dei tribunali, ad aumentarne il potere discrezionale: il monarca assoluto che doveva rendere i tribunali indipendenti, aveva quanto meno interesse a vincolarli il più possibile con le sue leggi.

H) I fini politici delle teorie dominanti intorno all'amministrazione.

Se, considerata questa situazione, viene ancora mantenuta la dottrina della *libertà* dell'amministrazione, dietro questa posizione teorica che contrasta col diritto positivo e con i presupposti logici della stessa teoria, si deve supporre un fine politico. E questo fine emerge chiaramente quando si cerca nel modo più deciso, nonostante le contraddizioni in cui s'incorre, di assegnare all'amministrazione il primo posto fra le funzioni dello stato. Essa viene dichiarata l'unica funzione essenziale, che ha storicamente preceduto tutte le altre e alla quale più tardi si sono aggiunte la legislazione e la giurisdizione. Si afferma che solo l'amministrazione è una funzione dello stato necessariamente continua mentre le altre due avrebbero solo un carattere intermittente, e che lo stato ben potrebbe esistere senza legislazione e per un certo periodo anche senza giurisdizione, ma neppure per un momento senz'amministrazione. Questa pertanto sarebbe anche la funzione più completa, rientando in essa la preparazione delle leggi e l'esecuzione delle sentenze.

Tutto questo è chiaramente inesatto o è frutto di una interpretazione assolutamente tortuosa della realtà. Se per amministrazione s'intende quella che usualmente viene chiamata la

funzione materiale dello stato, allora in origine non c'è st affatto amministrazione ma solo giurisdizione. Lo stato p mitivo è un ordinamento che si limita ad atti coercitivi in re zione a determinate fattispecie considerate socialmente d nose, e quindi alla cosiddetta pena e alla guerra. Il fatto c non c'è una *legislazione* non significa però che non vi sia leggi nel senso di norme generali. Anche la produzione consu tudinaria di norme generali è *legis*-lazione nello stesso sen in cui si esprime l'essenza di questa funzione. È ben vero, la gislazione come posizione cosciente di norme generali da p te di organi *ad hoc* è in tempi ordinari un'attività intermitte te. Ma l'amministrazione è relativamente permanente non p della giurisdizione nel senso tradizionale. Anche la legislazion del resto, con il crescente potere del parlamento, tende ad i tensificarsi e a diventare permanente. Per ciò che riguarda carattere completo dell'amministrazione, si tratta chiaramente una illusione! Se si vuole concepire la preparazione di un d segno di legge come atto giuridico, si può solo trattare di un stadio del procedimento legislativo e quindi della funzion legislativa e non già della funzione amministrativa dello Stat Il fatto che nelle moderne democrazie, di regola — non manc no le eccezioni — a quest'atto preparatorio provvedono fun zionari amministrativi, organi ausiliari del governo, non s gnifica che l'atto diventa amministrativo ma solo che i funzio nari amministrativi diventano organi legislativi. E lo stess vale per l'esecuzione delle sentenze giudiziarie: questa è un funzione giudiziaria e non amministrativa, anche se l'organ che provvede all'esecuzione non gode dell'indipendenza giu diziaria.

Questa strana teoria rivela il suo vero significato nelle con clusioni che trae da siffatte premesse: poiché l'amministrazione è la funzione originaria, essa muta la propria posizione con l'avvento della legislazione. Questa — intesa come ordina mento giuridico generale o semplicemente come diritto — as soggetta a sé fette sempre più grosse dell'amministrazione, *priori* indipendente dal diritto. L'*amministrazione*, ecco qua

è chiaramente lo stato indipendente dal diritto! Il diritto, naturalmente, non assoggetta tutto il campo dell'amministrazione né assoggetta l'amministrazione come assoggetta la giurisdizione, cioè completamente. A quest'amministrazione da esso indipendente esso pone solo dei *limiti*. E anche ciò vale soltanto per lo stato moderno che in tal modo diventa stato di diritto: uno stato in cui dominano le leggi e in cui l'amministrazione viene limitata ed esercitata per mezzo di regole giuridiche ma non può essere giudicata soprattutto sul piano giuridico! Il punto dove va a parare tutta questa confusione di concetti è questo: da un lato, si vuole in qualche modo concepire l'amministrazione come funzione giuridica e statale, dall'altro però si vogliono quanto più possibile evitare i molesti vincoli del diritto. Gli atti amministrativi non dovrebbero essere giudicati col metro di rigorose regole giuridiche come gli atti giudiziari. In questo campo dovrebbero poter essere validi anche atti che non dimostrano la propria conformità al diritto. Qui dovrebbe essere provato, in base all'essenza dello stato, che un vincolo giuridico non è possibile o efficace o non lo è del tutto. Questa teoria trova la sua formulazione più genuina nella dottrina che afferma espressamente che l'atto amministrativo non trae la sua validità o gli effetti giuridici con esso collegati da una legge che sta sopra di esso, che tale atto — a differenza dall'atto giudiziario — non ha bisogno di una simile legge, ma reca in se stesso la propria forza giuridica. Se si considera che questa teoria dell'amministrazione si sviluppa sul corpo della monarchia costituzionale, che qui il monarca è il capo dell'amministrazione e che i suoi maggiori interessi vengono realizzati attraverso l'amministrazione, si comprende quali fini politici hanno provocato questa singolare distorsione della teoria dello stato.

l) Le cosiddette funzioni « straordinarie » dello stato. La guerra come atto giuridico.

Questi fini politici si manifestano in parte anche nella distinzione delle funzioni statali ordinarie da quelle cosiddette

straordinarie. Come funzione straordinaria dello stato, che n è né legislazione né giurisdizione o amministrazione, viene i dicata la guerra. Essa starebbe pertanto al di fuori del diri anche se si deve concedere che può essere regolata e qui limitata dal diritto internazionale. Ora, che anche la gue come funzione dello stato possa essere concepita solo in b ad un ordinamento giuridico che ne autorizza l'imputazion che anche di fatto sia un atto coercitivo statuito dal diri internazionale o dall'ordinamento di uno stato singolo, e qui un atto giuridico, si ricava dall'esposizione che precede. stato come *persona* — e ciò assume importanza ad altri fini può essere solo soggetto e mai oggetto dell'atto coercitivo ch mato *guerra*, o meglio del complesso di atti coercitivi indic in questo modo. L'imputazione può aver luogo sempre e s tanto rispetto ad un soggetto, mai rispetto ad un oggetto; c pure l'atto coercitivo della pena o dell'esecuzione civile non rivolge contro un soggetto giuridico ma solo contro l'individu come oggetto. Sicché, anche gli atti coercitivi rientranti n concetto di guerra si rivolgono contro uomini, giacché sono u mini ad essere uccisi, feriti, presi prigionieri e non già lo sta o parte di esso. Una imputazione — quanto meno in sen giuridico — è completamente da escludere a questo proposit Che, secondo il diritto internazionale, gli atti coercitivi ind cati come guerra possano sostanzialmente rivolgersi contro in dividui che — in quanto pongono in essere anch'essi atti coe citivi — sono organi dello stato nemico, appartengono all forze armate di quest'ultimo, è una regola di diritto interna zionale che non viene minimamente toccata dall'interpreta zione qui sostenuta.

È solo degno di nota che la dottrina dominante colloc espressamente la guerra al di fuori della sfera giuridica, mentre nei riguardi dell'amministrazione cerca, con esitazione e molt incoerenza, una esenzione parziale dal diritto, pur caratteriz zando l'amministrazione, non diversamente dalla guerra, com una specie di attività fattuale, limitata peraltro da norme giu ridiche.

5. La costituzione

(La costituzione nel senso logico-giridico e nel senso giuspositivo).

A) Subordinazione e non coordinamento tra le funzioni statali. La teoria gradualistica.

Funzione statale significa funzione giuridica. La dottrina che la riguarda intende considerare il diritto nel suo funzionamento, coglierne lo specifico movimento interno, concepirlo dal punto di vista della sua dinamica. Funzione statale equivale perciò a funzione di produzione del diritto: ad un processo di posizione di norme che si sviluppa per gradi. Quelli che la teoria tradizionale pone in rilievo come i tre poteri o funzioni dello stato sono relativi punti di pausa del processo, particolarmente distinti dalla configurazione del diritto positivo o altrimenti rilevanti sul piano politico. Non c'è quindi — come sostiene la teoria tradizionale non senza un fine politico — una giustapposizione di funzioni più o meno irrelate o sostanzialmente diverse ma una subordinazione, una subordinazione di gradi di produzione del diritto che si determinano l'un l'altro. Questa costruzione a gradi va a sfociare nella norma fondamentale sulla quale poggia l'unità dell'ordinamento nel suo movimento interno. Tale norma, ponendo per prima cosa l'organo che produce il diritto, forma la costituzione in senso logico-giuridico. E ponendo il legislatore così creato norme che regolano la stessa legislazione, nasce — come grado successivo — la costituzione nel senso del diritto positivo. E la *costituzione*, vale a dire l'attività che costituisce l'ordinamento giuridico del singolo stato, la fondazione della sua unità, sta propriamente nella norma fondamentale intesa come costituzione in senso logico-giuridico, non statuita ma solo presupposta. Su di essa riposa infatti il primo atto di legislazione, non ancora determinato da alcuna norma di diritto positivo, cioè, nel nostro caso, statuita. E in essa — nella norma fondamentale —

è anche l'identità dello stato. Se l'antica dottrina dello sta fondava il problema dell'identità dello stato sull'identità del costituzione, con ciò si voleva indicare, ancora certamente modo inconscio, non tanto il concetto di costituzione del d ritto positivo quanto quello logico-giuridico. Lo stato rimar lo stesso anche quando cambia la sua costituzione in form positiva, cioè nella forma stabilita dalla costituzione medesim La modifica può anche essere molto profonda ma — purch sia effettuata legalmente — neppure in questo caso c'è assolu tamente bisogno di immaginare un nuovo stato. Solo quand il mutamento della costituzione assume la forma della ro tura della costituzione — quando cioè, per poterlo considerar valido, si deve supporre una norma fondamentale diversa d quella che stava a base della vecchia costituzione — solo allor si può parlare di uno stato nuovo.

Ora, se si concepisce il diritto internazionale come il grad che sta al di sopra dell'ordinamento del singolo stato, se riconosce la norma fondamentale che fonda l'individualità de singolo ordinamento statale come fattispecie fondamentale de terminata da un principio generale del diritto internazionale la rottura della costituzione significa solo una discontinuità relativa, poiché quella che dal punto di vista del singolo ordinamento statale appare ancora una violazione del diritto, una modifica illegale, dal più elevato punto di vista del diritto internazionale si dimostra alla fine una modifica perfettamente legale, conforme al principio del diritto internazionale.

La serie di gradi di produzione del diritto che va dalla norma fondamentale alla costituzione in senso positivo, alle leggi, ai regolamenti e agli atti giuridici individuali, è caratterizzata da un particolare parallelismo tra fattispecie reale e norma. La norma di ciascun grado più elevato definisce — come elemento costitutivo del proprio contenuto — una fattispecie che deve valere come produzione del diritto del grado più basso. Affinché il processo del diritto si svolga, la fattispecie determinata dalla norma del grado più alto dev'essere posta effettivamente. Dev'essere concretamente adottata una delibe

razione parlamentare, concretamente assunta una manifestazione di volontà del sovrano, emanata una sentenza giudiziaria, dev'essere in breve compiuto un atto fisiopsichico che produca la norma del grado più basso. L'atto di produzione del diritto riceve come tale dalla norma del grado più alto la sua qualificazione di fattispecie produttiva di diritto; la norma da esso prodotta qualifica di nuovo la fattispecie della produzione di una norma di grado ancora più basso. In considerazione dell'importante differenza tra atto che pone la norma e norma posta dall'atto, si può dire che ciò che rispetto al grado più alto è fattispecie, è norma rispetto al grado più basso. Da un lato la norma fondamentale, che occupa il posto più alto, che è solo teoreticamente presupposta ma che non è posta come fattispecie, e, dall'altro, l'ultimo atto mediante il quale viene eseguita la norma individualizzata, sono i due casi limite della norma pura che verso l'alto non è più fattispecie, e della fattispecie pura che verso il basso non è più norma. Alla fine — o in principio, a seconda della visuale — sta il verbo o il fatto.

B) *La teoria positivistica della norma fondamentale ipotetica e la dottrina giusnaturalistica del contratto fondativo.*

Il concetto qui sviluppato di norma fondamentale o costituzione in senso logico-giuridico, corrisponde solo fino ad un certo punto al contratto originario che costituisce lo stato, o contratto sociale, così importante per la teoria del diritto naturale. In definitiva, la stessa esigenza teorica di un presupposto unitario, sulla cui base si possa fondare l'unità dell'ordinamento nella molteplicità degli atti statali e rapporti di potere puramente fattuali siano concepibili come rapporti giuridici, conduce qui necessariamente alla norma fondamentale come nella teoria giusnaturalistica al contratto fondamentale. È solo una forma di raffigurazione primitiva qualificare contratto l'estremo presupposto normativo sul quale si fondano il carattere delle relazioni sociali, i vincoli e i rapporti giuridici

dei membri che formano la comunità sociale. Il contratto è, fatti la fattispecie più comune dalla quale si vedono quotidi namente scaturire effetti obbligatori. Uno sguardo ingen non si spinge generalmente al di là di questa fattispecie, resta attaccato. E così il contratto diviene espressione di v colo giuridico senz'altro. Quella che è solo una fattispecie p ticolare cui la norma collega l'obbligo giuridico come tale, venta — *pars pro toto*, comune salto logico, abbreviazione p diletta del pensiero primitivo — simbolo della norma ste Per il resto, basterà accennare al fatto che lo stesso nucleo pensiero presente nel concetto di contratto originario si ritro nel concetto, ad esso affine, anzi in parte con esso identifica di *legge fondamentale* o *legge di base*, di *lex fundamenta* come viene chiamata, la quale nella teoria giusnaturalistica una funzione importante ed esprime quasi puramente l'id teorico-giuridica di norma fondamentale o di costituzione senso logico-giuridico.

C'è, senza dubbio, un altro motivo che fa apparire com contratto il presupposto necessario sul piano teorico, ed l'idea del tutto individualistica che la validità di ogni norm ogni vincolo normativo trovi la sua ultima giustificazione so tanto nella volontà dell'individuo. Dietro la fattispecie d contratto sta la norma fondamentale: devi fare solo quello ch vuoi. L'ordinamento statale viene ricondotto al contratto per ché dev'essere fondato sul consenso di coloro che sono soggett alle norme. Ha inizio qui la svolta specificamente giusnatura listica del principio puramente teorico-giuridico che sta nell teoria contrattualistica. In questa tendenza estremamente indi vidualistica che giunge in definitiva a negare stato e diritt in quanto elimina l'opposizione tra essere e dover essere, st l'errore fondamentale della teoria del diritto naturale, error che questa è poi costretta a compensare con finzioni contrad dittorie per poter raggiungere l'obiettivo imprescindibile pe lo stato e il diritto, anzi per tutta la società, cioè una validit dell'ordinamento sociale indipendente dai desideri e dalla vo lontà dei soggetti. La teoria del diritto naturale, invece c

affermare schiettamente, e cioè in modo ipoteticamente relativo e formale, che gli uni non comandano e gli altri non ubbidiscono solo in via di fatto ma devono, rispettivamente, comandare e ubbidire in forza del diritto e che ciò si può ammettere solo nel presupposto di una norma che istituisca un'autorità suprema alla cui delega diretta o indiretta tutti gli atti di comando — come atti che impongono norme — si riportino, invece di ciò essa afferma, in termini apoditticamente assoluti e materiali, che gl'individui hanno convenuto che gli uni devono comandare e gli altri ubbidire. Poiché invece della pura norma, semplicemente *presup*posta e non posta come fattispecie, viene scelta come fondamento una fattispecie, quello che è soltanto un assunto ipotetico che fonda l'unità dell'ordinamento giuridico o statale viene erroneamente inteso come un fatto storico, e a causa di questa finzione perde il suo significato originario, immanente. Mentre la norma fondamentale, ammissibile, e anzi indispensabile sul piano teorico-giuridico, non ha un contenuto assoluto, anzi non ha alcun contenuto *a priori* ma si orienta secondo il materiale che è sua funzione esclusiva interpretare in modo unitario come diritto e quindi istituisce come suprema istanza che pone la norma qui un autocrate e là il popolo, il contratto fondamentale giusnaturalistico assume un contenuto assoluto. E il carattere giusnaturalistico specifico della teoria del contratto riappare proprio nel fatto che, fra i teorici, gli uni attribuiscono al contratto sociale, una volta per tutte e con una soluzione che pretende di valere sempre e ovunque, un carattere democratico e gli altri, allo stesso modo, un carattere democratico, e sono poi costretti a far ricorso a finzioni artificiose per colmare il contrasto che sorge tra il loro punto di vista soggettivo e il diritto positivo oggettivo. Secondo la corrente democratica, nel contratto sociale le parti si obbligano a sottometersi per l'avvenire alla volontà della maggioranza, anche quando lo stato positivo abbia eventualmente una costituzione autocratica. Secondo la corrente autocratica, col contratto sociale il popolo ha trasferito tutti i poteri ad un monarca assoluto, anche quando l'ordinamento sta-

UNIVERSIDAD
AUTONOMA DE
MADRID
FC. DE DERECHO
BIBLIOTECA

tale positivo attribuisca eventualmente il potere legislativo un parlamento da solo o insieme col monarca.

Il diritto naturale è impotente di fronte al diritto posi come realtà giuridica. Proprio per questo il contratto soc del diritto di natura non è in grado di fondare una teoria diritto positivo, sebbene anche la dottrina giusnaturalistica glia essere una teoria del diritto positivo, voglia non solo fluenzare sostanzialmente il diritto positivo, ma anche co prenderlo in sé, conoscerlo.

C) *La costituzione in senso formale e in senso materiale (po voir constituant).*

La tendenza individualistica della teoria giusnaturalisti che, al posto della norma fondamentale mette la fattispecie co trattuale, conduce a ulteriori deviazioni dalla linea della te ria giuridica positiva. La norma fondamentale, sulla cui ide tità riposa l'identità dell'ordinamento giuridico che si presen come stato, si esprime — in modo piuttosto ingenuo — n l'idea della immutabilità del contratto originario. Una modifi del contratto originario avrebbe significato — come la stes teoria del diritto naturale ammette — il venir meno dello sta su di esso fondato, la fondazione di un nuovo stato. In quant però, la pura idea della norma fondamentale ipotetica viene o fuscata dalla sua presentazione come fattispecie contrattual il principio strettamente logico dell'immutabilità si trasform nel postulato politico-opportunistico della possibilità di un modifica solo unanime del contratto fondamentale, che si pr sume concluso all'unanimità. In questo modo, tuttavia, ad u presupposto teorico-giuridico per la comprensione del diritt positivo subentra l'idea di alcune norme giuridiche positiv cioè statuite, che riguardano gli organi supremi della norm zione e che sono particolarmente importanti. Il concetto d costituzione in senso logico-giuridico viene confuso con quel di costituzione nel senso del diritto positivo e una qualità l gica della prima — non senza uno snaturamento inevitabile

viene trasferita sulla seconda. Quando la teoria del diritto naturale attribuisce al contratto fondamentale o alla legge fondamentale, alla *lex fundamentalis*, una validità *superiore* rispetto alle norme create in base alla medesima, essa — in quanto contratto fondamentale e legge fondamentale vengono presentati come norme modificabili — cancella la differenza di principio tra validità della norma presupposta e validità della norma statuita e la sostituisce con la semplice differenza di grado tra norme giuridiche positive modificabili con procedura semplice o aggravata. E solo le norme positive, statuite, possono essere modificate in senso giuridico positivo, non la norma fondamentale ipotetica, presupposta. Che le norme statuite circa gli organi supremi di normazione possano essere modificate solo all'unanimità, cioè col consenso di tutti coloro che vi sono soggetti, è, in mancanza di un fondamento positivo, un'affermazione *giusnaturalistica*, la quale però è difficilmente sostenibile anche come richiesta sul piano della politica del diritto. Essa si riduce quindi ad una richiesta di modifica aggravata delle norme giuridiche concernenti gli organi supremi della normazione, cioè della costituzione in senso materiale, e fonda così il concetto di costituzione in senso formale.

La tendenza a rendere più difficile la modifica dei fondamenti dell'intero ordinamento statale trae origine dal bisogno di stabilità nello sviluppo del diritto. In ciò può anche esprimersi l'intento di assicurare ad un gruppo determinato il potere creato dalla costituzione. In special modo, se si tratta di una costituzione democratica fondata sul principio di maggioranza, la prescrizione di una maggioranza qualificata per le modifiche costituzionali può dare la possibilità a quello che è divenuto un gruppo minoritario dell'antica maggioranza d'impedire una riforma ad esso sfavorevole. L'aggravamento della procedura per le modifiche della costituzione può anche significare tutela di minoranze nazionali, religiose e simili, in quanto i loro interessi siano giuridicamente tutelati. L'introduzione di norme giuridiche modificabili solo all'unanimità o solo con procedura aggravata dovrebbe servire proprio a

garantire la sfera di libertà individuale, in particolare di l
bertà religiosa. L'idea affatto individualistica di una sfera pe
sonale libera da vincoli giuridici sulla quale lo stato — p
natura, per così dire *a priori* — non possa incidere con i su
atti coercitivi, ha operato — dal punto di vista storico — fi
dalle origini con la figurazione di una base contrattuale de
l'ordinamento statale. E così è accaduto che il concetto d
costituzione si è esteso anche alla fissazione di quei limiti al
libertà individuale oltre i quali le norme giuridiche stata
non dovrebbero andare o dovrebbero andare solo con la pro
cedura aggravata delle modifiche costituzionali. Per costitu
zione in senso materiale s'intendono pertanto quelle norm
che riguardano gli organi supremi e — come si è soliti dire —
i rapporti dei privati col potere statale. L'articolazione i
norme di organizzazione e in un catalogo dei cosiddetti di
ritti fondamentali o di libertà, caratteristica della maggio
parte delle costituzioni moderne, riposa su una tradizione sto
rica vecchia di secoli. Si parla di costituzione in senso for
male, allorché si fa distinzione tra le leggi ordinarie e quell
leggi che possono essere adottate e modificate solo a condizion
più difficili rispetto alle prime. Naturalmente, in quanto l
richieda un qualunque interesse politico, possono ricevere l
forma di leggi costituzionali anche norme che, secondo il lor
contenuto puro e semplice, non appartengono alla costituzion
in senso materiale.

Mediante il concetto formale di costituzione, all'interno
della funzione legislativa si distingue tra legislazione semplic
e legislazione costituzionale. E perfino, accanto al potere le
gislativo, viene indicato un potere costituente diverso dal pri
mo, un *pouvoir constituant*, affidato non all'organo legislativo
ordinario ma ad un parlamento eletto appositamente per l
modifiche costituzionali, ad un parlamento che funziona di
costituente, oppure direttamente al popolo, si tratti di assem
blea popolare o di *referendum*. La funzione costituente positiva
come *potere* qualitativamente specifico, si lascia dedurre tant
poco dall'essenza del diritto o della costituzione, cioè teore

ticamente, quanto la validità *superiore* della costituzione statuita positivamente. La dottrina del *pouvoir constituant* può rappresentare solo uno dei casi di modifica aggravata di norme, da giustificare positivamente. Le forme tipiche di questo aggravamento sono: oltre ad una maggioranza qualificata — di due terzi o di tre quarti —, la richiesta di un numero di presenti maggiore di quello normale come condizione della deliberazione (il cosiddetto *quorum*, la metà o i due terzi di tutti i membri del corpo legislativo, rispetto al terzo sufficiente per le leggi ordinarie), deliberazioni ripetute sulla modifica costituzionale, eventualmente in sessioni o legislature successive, e infine la devoluzione della modifica costituzionale ad una *costituente* o direttamente al popolo. Giustificare quest'ultimo provvedimento con la considerazione che il potere di modificare la costituzione appartiene solo al popolo, in quanto questo è la fonte suprema del diritto, è diritto naturale.

D) Documento costituzionale e costituzione «perpetua».

Dall'idea che la costituzione sia un contratto deriva anche la richiesta di un documento scritto. Non è tanto la fissazione per iscritto delle singole norme costituzionali: questa è infatti insuperabilmente connessa con il problema del diritto scritto, che fa la sua comparsa con la vittoria del diritto statuito da appositi organi sulla consuetudine. L'idea di un documento che riduca la costituzione ad un tutto unitario e chiuso è un problema costituzionale specifico. Come si affidava un contratto particolarmente importante ad un documento solenne, così si pensava di documentare anche il contratto costituzionale, di conferirgli tutti i crismi e magari di farlo sottoscrivere dal legislatore nella qualità di parte contraente. E — come conseguenza diretta della dottrina giusnaturalistica — fondazioni di stati in questi termini si sono effettivamente avute. L'idea della necessità di un particolare strumento costituzionale è rimasta fino ad oggi. La sua opportunità è però più che dubbia, se si bada alla differenza tra

un contratto privato che crea un rapporto giuridico una vol per sempre e che viene concepito come non abbisognevole modifica, e una costituzione posta a base di norme giuridic continuamente variabili, una costituzione per principio m dificabile e abbisognevole di modifiche e integrazioni. Poic la costituzione, anche quando la sua modifica è resa diffici viene tuttavia continuamente modificata secondo i mutati b sogni dei tempi, la codificazione unitaria, quale mostra essere un documento che contenga l'intera costituzione, è sem pre destinata a saltar via. L'idea di un unico documento cos tuzionale presuppone l'esistenza di una costituzione chiusa, cio definitivamente chiusa e quindi non modificabile. Ma quest è la costituzione in senso logico-giuridico e non la costituzion in senso positivo. Sicché le costituzioni degli stati modern sono per lo più composte da una pluralità di leggi costituzio nali, delle quali, sul piano storico e politico, una sola pu essere tuttavia la legge fondamentale, il documento fond mentale.

Può accadere che una costituzione si dichiari da sé *perpetua* o che singole disposizioni costituzionali vengano dichiarat non modificabili. Nasce allora il problema se questa costitu zione o queste disposizioni costituzionali non possano effett vamente essere modificate, modificate, s'intende, giuridicamente poiché la possibilità di modificarle *in via di fatto* è a tutt prima fuori discussione; esattamente come l'inosservanza dell disposizioni che rendono difficile la modifica costituzionale delle norme che riguardano il procedimento legislativo è i via di fatto senz'altro possibile e si verifica spesso effettiva mente. Solo che, come la violazione di una norma di queste genere — in mancanza di una diversa disposizione costituzio nale — significa nullità della norma illegittimamente post cioè è *giuridicamente* impossibile una posizione illegittima d norme, così è pure giuridicamente impossibile la modifica d una costituzione o di una disposizione costituzionale qualif cate immodificabili. Una tale dichiarazione di immodificab lità può essere oltremodo inopportuna, poiché in via di fat

non si potrà mai far valere contro l'esigenza di cambiamento che aumenta col passare del tempo, e giuridicamente può restare inosservata nella stessa misura di qualunque norma che riguardi la produzione di norme. La fattispecie qualificata come *mutamento costituzionale* — sia che si modifichi gradualmente e impercettibilmente l'uso delle norme costituzionali, sia che alle parole, rimaste invariate, del testo costituzionale venga attribuito un significato diverso da quello originario, sia che si formi una prassi che contrasta con qualunque tenore letterale della costituzione — non è un fenomeno specifico delle norme costituzionali ma si presenta in ogni campo del diritto.

E) *Il controllo di costituzionalità delle leggi.*

La maggior parte delle costituzioni moderne contengono senza dubbio una disposizione capace di sminuire sostanzialmente l'importanza delle norme che riguardano in special modo la legislazione e di snaturare così la costituzione stessa nei suoi punti più decisivi: esse negano agli organi chiamati ad applicare le leggi, e in particolare ai giudici, il potere di accertare la formazione costituzionale delle leggi e conseguentemente, nel caso d'incostituzionalità, di trattarle come nulle, cioè di non applicarle. Stabiliscono di regola che le norme che vengono costituzionalmente pubblicate come leggi devono anche essere applicate come tali. Di tutte le norme costituzionali che riguardano la formazione delle leggi offrono quindi una possibilità di controllo solo le disposizioni sulla pubblicazione, relativamente insignificanti, e solo la violazione di queste norme produce l'effetto della nullità. La violazione delle altre norme sulla legislazione ha per lo più come conseguenza che gli organi specificamente responsabili di questa violazione — e cioè i ministri nella monarchia costituzionale e nella repubblica democratica eventualmente anche il capo dello stato — possono essere puniti su accusa del corpo legislativo. Questa esclusione o limitazione del sindacato giudiziario sulle leggi è particolarmente caratteristica della costituzione della

monarchia costituzionale. Qui il monarca, in una con la pu blicazione delle leggi, si era anche riservata l'attestazione de loro formazione costituzionale (la cosiddetta promulgazion Donde il suo interesse ad escludere qualunque giudizio co trastante col suo circa la costituzionalità di una legge da l pubblicata. Per il fatto che, secondo la costituzione, da so o insieme con i suoi ministri responsabili, deve decidere una legge si è formata in modo costituzionale, può da so o insieme con i suoi ministri produrre una legge obbligato mediante la pubblicazione che gli compete. In ogni caso, e è in condizione di produrre con la pubblicazione, in mo vincolante, una norma che — sebbene dovesse formarsi com legge costituzionale — è stata tuttavia deliberata come leg ordinaria, perché è mancata, per esempio, una maggioranz qualificata. È perciò comprensibile che nelle costituzioni re pubblicano-democratiche o non viene limitato il sindacato giu diziario oppure, nelle forme di una speciale giurisdizione co stituzionale, viene attribuito ad un particolare tribunale il com pito di annullare le leggi incostituzionali. In quest'ultimo caso le leggi incostituzionali non sono nulle sin dall'origine, m possono solo essere annullate.

Di solito si preferisce giustificare l'esclusione o la limita zione del sindacato giudiziario col principio della separazion dei poteri, sul quale si fonda la monarchia costituzionale L'argomento addotto, più che problematico sul piano logico è che il potere giudiziario non può interferire nel potere legislativo, sicché non può spettare al giudice alcun sindacato sulla costituzionalità del procedimento legislativo.

Su questa dottrina della separazione dei poteri non dobbiamo però ulteriormente addentrarci in questa sede.

V

GIURISDIZIONE E AMMINISTRAZIONE

1. La dottrina giuridica tradizionale contrappone nettamente la « giustizia », come giurisdizione o funzione giudiziaria, all'amministrazione [1]. La prima di queste due funzioni dello stato, la giurisdizione, non però la seconda, l'amministrazione, viene posta in rapporto per così dire naturale con la terza delle funzioni statali, la legislazione. Quest'ultima viene concepita come creazione del diritto e la giustizia, vale a dire la giurisdizione, la funzione giudiziaria, come applicazione del diritto; e si scorge in entrambe, nella legislazione e nella giurisdizione, la realizzazione dei fini giuridici dello stato, mentre l'amministrazione viene ricondotta nell'ambito dei fini politici o di progresso civile. Questa contrapposizione tra fini giuridici e fini politici e di progresso civile, sulla quale riposa l'idea del contrasto radicale tra giurisdizione e amministrazione, ha la sua ultima fonte nella concezione corrente dei rapporti tra stato e diritto. Si ritiene, infatti, che questi siano due cose affatto diverse: lo stato, una sorta di essere psico-fisico simile all'uomo, una specie di macroantropo; il diritto, un ordinamento, un sistema di norme coercitive ma anche — poiché si distingue il diritto in senso oggettivo dal diritto in senso soggettivo — un complesso di autorizzazioni date a individui che si presentano essenzialmente come soggetti giuridici, come personalità giuridiche. Se però si guarda più da vicino, si vede che il diritto, proprio nel suo affermato contrasto con lo stato, non viene tanto in considerazione come oggettivo ordinamento coercitivo — giacché anche lo stato, se si accantona ogni personificazione antropomorfica, non è altro che un ordinamento

---

[1] Su quanto segue cfr. la mia *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925 (ora: *Teoria generale del diritto e dello stato*, trad. di S. Cotta e G. Treves, Milano, 1963) e Merkl, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien, 1928.

coercitivo — e che invece l'antagonista dello stato assume pi tosto il carattere del diritto soggettivo, che lo stato deve tu lare, garantire. Dietro l'ambiguo dualismo tra stato e diri si cela — qui — il contrasto tra diritto oggettivo e diritto s gettivo. Il rapporto necessario tra stato e diritto viene ripri nato proprio quando s'insegna che lo stato deve quanto me perseguire fini giuridici, cioè tutelare o garantire il diri (soggettivo). Questa è però la funzione che si assegna al ritto oggettivo. Ma anche se, attenuando un poco il dualis di stato e diritto, si ascrive allo stato la produzione del diri e si afferma quindi che è essenziale allo stato porre un or namento giuridico e darvi attuazione, cioè emanare leggi farle eseguire attraverso la giurisdizione affidata ai tribun si vuole pur sempre presentare il diritto come un conten minore della competenza statale, accanto ad altri possibili co tenuti, e la realizzazione degli scopi giuridici come funzio minima dello stato accanto ad altre possibili funzioni.

2. Questa concezione che nello stato distingue fini giu dici e fini politici e di progresso civile e che deriva dal fal dualismo di stato e diritto, non è sostenibile. Il diritto non un contenuto particolare dell'ordinamento statale che stia fianco di altri contenuti, ma è lo stesso ordinamento statal ciò che questo assume sempre a proprio contenuto. Da quest nozione si allontana certamente la dottrina dominante in u modo addirittura funesto per tutta la sua costruzione logic Considerando il diritto come un possibile contenuto parzial dell'ordinamento, come suo contenuto minore, presentando — secondo l'espressione che viene usata — come uno dei tan fini dello stato, essa contrappone uno *stato di diritto*, che limita a perseguire fini giuridici, ad uno stato politico e de progresso civile, che persegue anche altri fini, cioè fini politic e di progresso civile. L'errore fondamentale di questa conce tuologia, che domina tutta la sistematica della moderna do trina del diritto, sta in ciò: si dimentica che lo stato non pu perseguire nessun fine se non nelle forme del diritto, che qu

diritto che si vuol far valere come tale solo nel concetto di *fine giuridico* è semplicemente la più vecchia e primitiva forma di diritto, il diritto civile e penale applicato dai tribunali, il diritto giudiziario. Ma quando lo stato, nel suo progressivo sviluppo, non si accontenta più di punire ladri e assassini e di pignorare i beni del debitore moroso su richiesta del creditore, e regola invece l'attività industriale dei propri cittadini, si prende cura della loro educazione e della loro salute, in breve — come si dice — persegue fini di progresso civile, ciò avviene mediante l'emanazione di norme giuridiche generali (leggi) — un diritto industriale, un diritto scolastico, un diritto sanitario, cioè un diritto del progresso civile — e, sulla loro base, di atti giuridici individuali, decisioni e decreti degli organi statali.

La tecnica di questo diritto del progresso civile, vale a dire del diritto amministrativo, è presso a poco la stessa di quella del vecchio diritto giudiziario, il c.d. diritto civile e penale. In sostanza, allo scopo di ottenere l'effetto sociale desiderato, cioè un determinato comportamento umano, viene prevista per il comportamento opposto la sanzione di un atto coercitivo che corrisponde a quella che nel vecchio diritto giudiziario è la pena o l'esecuzione. Lo stato tutela chi lavora in un'azienda industriale punendo l'imprenditore che non appresta taluni dispositivi di sicurezza; tutela la salute dei propri cittadini contro le epidemie isolando, attraverso i propri organi esecutivi, ove occorra anche coattivamente, coloro che sono stati colpiti da malattie contagiose e distruggendo gli abiti e gli attrezzi con i quali sono venuti a contatto. E quando vuole provvedere in una certa direzione lo fa in modo da obbligare gli individui ad una determinata attività, vale a dire li minaccia con le sanzioni, cioè con atti coercitivi per il caso che omettano quell'attività o si comportino in modo diverso da quello prescritto. Se lo stato è, per sua natura, un apparato coercitivo, lo è proprio perché, per sua natura, è ordinamento giuridico e quindi ogni sua espressione non può che essere atto giuridico. Come i fini statali di *progresso civile*, in quanto

vengano perseguiti proprio dallo *stato*, possono essere pe guiti solo nelle forme del diritto, così pure il fine di quell tività che viene comunemente qualificata come *diritto* in se stretto, il fine della posizione di norme generali di diritto ci e penale e della loro esecuzione attraverso i tribunali, è ciò che molto vagamente viene chiamato progresso civ Come nel campo del diritto del progresso civile, in se stretto, non sono la pena o l'esecuzione che formano il proprio del diritto civile o penale, ma sono la vita, la sal l'onore, la proprietà, in una parola il benessere dei cittadini devono essere preservati da interventi pregiudizievoli. Non può negare che anche questo appartiene al *progresso civile*.

3. Ancor più insostenibile della contrapposizione tra giuridici e fini di progresso civile, è però quella tra fini gi ridici e fini politici, alla quale si cerca parimenti di riconduc il rapporto tra giurisdizione e amministrazione. Orbene, qu l'attività che viene considerata attuazione dei fini politici de stato si esprime anch'essa solo in norme giuridiche generali in atti giuridici individuali emanati sulla base di esse. Il fa che lo stato abbia un esercito con il quale può fare la guer non è meno una fattispecie giuridica del fatto che abbia gi dici e prigioni nelle quali gl'individui vengono privati co la forza della loro libertà. Un ordinamento militare che pr vede la coscrizione obbligatoria e talune norme giuridiche in ternazionali che regolano la condotta della guerra, e gli at che li concretizzano, sono le forme, le forme giuridiche, nel quali lo stato persegue i suoi fini politici. E ciò non avvien solo in queste forme. Dal punto di vista etico-politico de nullatenenti, anche un diritto civile e penale che tuteli la vi e i beni di una classe privilegiata appare, in modo affatto pa ticolare, un mezzo per comprimere la classe sfruttata, per as curare il potere alla classe dominante. Non c'è dubbio che, sot un certo punto di vista, tutto l'ordinamento coercitivo del stato, quali che siano le dimensioni della sua competenza, n possa che apparire come organizzazione del potere. Ma il co

trasto tra diritto e potere che si esprime nella contrapposizione tra fini giuridici e fini politici e quindi tra stato di diritto e stato politico, è affatto inidoneo a fornire una classificazione dei possibili contenuti dell'ordinamento statale e quindi una tipizzazione sostanziale degli stati. L'essenza dello stato sta infatti proprio in ciò, che in esso il potere diventa diritto, poiché qualunque atto può essere concepito come atto dello stato, qualunque fattispecie intesa come fattispecie statale, riferita allo stato, solo in base ad un ordinamento normativo che è il diritto stesso. Ai fini di una trattazione positiva, che non assolutizzi il diritto nel diritto naturale, lo stato è un re Mida che trasforma in diritto ciò che tocca. Sicché, da un punto di vista giuspositivistico, ogni stato non può che essere uno stato di diritto, nel senso che tutti gli atti statali sono atti giuridici perché e in quanto realizzano un ordinamento da qualificare come diritto. Allo stesso modo — con riferimento ai fini da raggiungere mediante l'ordinamento giuridico — ogni stato è stato politico e stato del progresso civile.

4. Come abbiamo già accennato, la dottrina giuridica tradizionale scorge tra la funzione legislativa e la funzione di giustizia, cioè la giurisdizione o funzione giudiziaria, un nesso più intimo di quello che corre tra legislazione e amministrazione. L'essenza della legislazione viene in modo generalissimo colta nel fatto che, in questa sua funzione, lo stato pone regole generali, astratte, mentre nella giurisdizione e nell'amministrazione svolge un'attività individualizzata, adempie immediatamente compiti concreti. Mentre però si ritiene di poter concepire la giurisdizione esercitata dai tribunali senz'altro come *applicazione delle leggi* e quindi come applicazione del diritto rispetto alla creazione del diritto ad opera del legislatore, si afferma invece che non si rende giustizia all'essenza dell'amministrazione qualificandola semplicemente come applicazione, attuazione del diritto. Essa — in modo più o meno coerente — non viene concepita né come posizione né come applicazione del diritto ma come attività dello stato essenzialmente diversa

dalla funzione giuridica, al servizio non dei suoi fini giuri
ma dei suoi fini politici o di progresso civile e viene perta
definita in termini negativi, rispetto al diritto, cioè come qu
l'attività statale che residua tolte la legislazione, cioè la po
zione del diritto, e la giurisdizione. Mentre, quindi, secon
l'esposizione corrente delle funzioni statali, si deve senz'al
affermare una relazione giuridica positiva tra il potere legi
tivo come posizione del diritto e il potere giudiziario co
applicazione del diritto, la subordinazione logica che tenta
esprimersi tra legislazione come funzione generale e amm
nistrazione come una delle funzioni individuali — al pari de
giurisdizione — viene nuovamente eliminata, proprio perc
nel concetto di amministrazione si fa valere il contrasto t
fini statali giuridici e fini statali politici e di progresso civi
proprio perché l'amministrazione vuol essere intesa non con
funzione giuridica ma come attività statale essenzialmente d
versa da questa.

5. Nel presente contesto non deve e non può essere forni
la prova ulteriore che la differenza affermata dalla dottrin
dominante tra legislazione come produzione (creazione) d
diritto e giurisdizione o funzione giudiziaria come semplic
applicazione del diritto, ove la si concepisca nei termini d
una differenza assoluta tra produzione e semplice riprodu
zione del diritto, non esiste affatto. Basti qui solo tener pe
fermo che entrambe le funzioni, legislazione e giurisdizion
esercitata dai tribunali, hanno tanto il carattere della creazion
quanto il carattere dell'applicazione del diritto, a seconda ch
la funzione volta a volta interessata venga considerata in rap
porto ad un grado più alto o a un grado più basso dell'ord
namento giuridico. Così, la legislazione è applicazione de
diritto rispetto alla costituzione e creazione del diritto rispett
alla sentenza del giudice; e la giurisdizione è applicazion
del diritto nei confronti della legge e creazione del dirit
nei confronti degli atti di esecuzione. L'analisi strutturale d
diritto inaugurata dalla scuola giuridica di Vienna e g

preparata dal c.d. movimento del diritto libero, che ha portato alla visione fondamentale della costruzione a gradi dell'ordinamento giuridico, pone fine — si può sperare, per sempre — al pregiudizio che tutta la produzione del diritto stia racchiusa nel solo grado della legge. Essa mostra che il processo di produzione del diritto non comincia col grado della legge né finisce con esso, ma che piuttosto — penetrando dal grado della costituzione, attraverso la legge e il regolamento, giù fino agli atti giuridici individuali — è da concepire come un processo di continua concretizzazione, nel quale il diritto passa da una forma astratta a forme via via più concrete; come un eterno processo nel quale lo stato si genera sempre di nuovo.

6. Dopo quanto è stato fin qui detto, è evidente che anche la funzione statale denominata amministrazione può essere concepita come individualizzazione o concretizzazione delle leggi e che pertanto non può ammettersi una differenza essenziale tra essa e la c.d. giurisdizione, rispetto alla legislazione. Com'è già stato accennato in un precedente contesto, l'amministrazione dello stato — da un punto di vista tecnico-giuridico — consiste nel fatto che mediante leggi e regolamenti viene reso obbligatorio un determinato comportamento umano, comminando per il comportamento opposto una pena o l'esecuzione. Se il comportamento che evita la coazione è il fine delle norme di diritto amministrativo — com'è il fine delle norme di diritto civile e penale — allora il fine dell'amministrazione — al pari dei fini giuridici — viene perseguito mediante gli atti dell'amministrazione stessa solo in modo indiretto, mediato. È fondamentalmente lo stesso processo che si verifica in quell'attività che viene contrapposta all'amministrazione come *giurisdizione*. La legge e il regolamento stanno a fondamento tanto della giurisdizione quanto dell'amministrazione, sebbene — stranamente — la legislazione venga concepita come funzione giuridica mentre il potere regolamentare viene ricondotto nell'ambito dell'amministrazione.

7. Si distinguono così leggi amministrative accanto a le giudiziarie, destinate cioè ad essere applicate dai tribunali, sebbene il potere regolamentare come tale venga assegn all'amministrazione, si distingue tuttavia tra regolamenti g ridici e regolamenti amministrativi, intendendo questi ult come quei regolamenti che obbligano solo gli organi dello st e non i privati, come accade invece per i regolamenti giuridi Ora, riguardo ad una distinzione condotta da questo pu di vista, non c'è nulla da obiettare. È tuttavia da esclud che si possano considerare norme giuridiche solo gli uni non anche gli altri: cioè i regolamenti amministrativi. questi obbligano giuridicamente gli organi dello stato, se s tuiscono doveri giuridici per tali organi — e quali altri dove diversi dai doveri giuridici potrebbero esservi nel diritto am ministrativo? — anch'essi devono essere considerati regol menti giuridici. Tutta la teoria intorno alla mancanza del c rattere giuridico nei regolamenti amministrativi nasce da qu sta idea: queste norme restano limitate all'ambito dell'appara statale, non vanno oltre lo *stato* stesso, sicché, essendo so stato, non sono diritto; come se l'*apparato statale* fosse qua cosa di diverso da un sistema di norme! — Quest'idea no ha bisogno di confutazione e va solo citata come un sintom della tendenza propria della teoria dominante a collocare l'am ministrazione — ingenuamente considerata diritto ammini strativo — al di fuori dell'ambito del diritto.

La nozione che anche i c.d. regolamenti amministrativ sono norme giuridiche e che pertanto non presentano a queste riguardo differenze rispetto ai c.d. regolamenti giuridici, non impedisce naturalmente che, sul piano del diritto positivo questi due tipi di regolamenti siano trattati in modo differente per esempio, per ciò che riguarda la loro pubblicazione e il sindacato giudiziario. Nulla impedisce di stabilire — e s possono addurre in proposito talune ragioni di politica legisla tiva — che i regolamenti amministrativi riguardanti solo il comportamento degli organi dello stato (in senso stretto), differenza dei regolamenti giuridici che obbligano i privati

non debbano essere pubblicati nei bollettini ufficiali per essere cogenti, e che tali regolamenti amministrativi siano sottratti al sindacato e all'annullamento da parte dei tribunali.

8. Le leggi e i regolamenti tradizionalmente definiti, secondo il loro contenuto, disposizioni *amministrative* — come le leggi industriali, sanitarie, scolastiche, etc. — vengono applicati, *in concreto*, esattamente come le c.d. leggi giudiziarie: un'autorità accerta la fattispecie prevista dalla norma generale come condizione dell'atto coercitivo ed applica la sanzione, la c.d. coercizione amministrativa: una pena pecuniaria o detentiva, l'esecuzione. Ora, a questo proposito, a torto o a ragione, è tanto lecito definire l'atto amministrativo accertamento del diritto dubbio o controverso quanto lo è per la sentenza giudiziaria. Esso è giurisdizione al pari di questa ed è ugualmente posizione di norme individuali. La differenza rispetto alla giurisdizione è quasi esclusivamente di natura organizzativa e sta nella collocazione dell'autorità che commina la coercizione o che attua il procedimento che prepara l'atto coercitivo: un tribunale indipendente in un caso, un'autorità amministrativa dipendente nell'altro.

Da un punto di vista funzionale, tra una giurisdizione esercitata mediante organi indipendenti e un'amministrazione svolta mediante organi dipendenti non c'è alcuna differenza, in quanto sia l'una che l'altra perseguano gli scopi statali solo in modo indiretto e si tratti di un'amministrazione qualificabile come *amministrazione statale indiretta*. Una differenza effettiva c'è solo quando e nella misura in cui vi sia un'amministrazione statale diretta, quando cioè lo stato, nella sua funzione amministrativa, non si limita ad obbligare i soggetti ad un determinato comportamento che favorisca i fini politici o di progresso civile ed a porre in essere atti coercitivi nei confronti dei soggetti inosservanti, ma — per usare la terminologia corrente — realizza esso stesso, tramite i propri organi diretti, le fattispecie che favoriscono quei fini. Di questa fondamentale distinzione tra amministrazione diretta e ammini-

strazione indiretta dovremo parlare più avanti. Poiché la trina giuridica tradizionale non riconosce questa distinzi la sua visione resta legata al contrasto tra giurisdizione (e citata dai tribunali) e amministrazione, sebbene l'ammini zione sia in gran parte anch'essa giurisdizione. La teori costretta pertanto a dare la massima importanza alla differe organizzativa, che consiste nell'indipendenza dei giudici fronte alla dipendenza dei funzionari amministrativi.

9. Questo elemento dell'indipendenza degli organi pongono il diritto non è però idoneo a fondare una differen così basilare e che domina tutta l'organizzazione statale e sistematica della scienza del diritto. L'*indipendenza*, per quale i tribunali si distinguono dalle autorità amministrati consiste, com'è noto, nel fatto che gli organi qualificati co giudici, nella esecuzione delle leggi rientranti nella loro co petenza, non sono vincolati da ordini, cioè da norme indi duali emanate da altri organi e in particolare da organi n giudiziari. Ciò equivale a dire che i giudici, nella loro specif attività, non hanno alcun *superiore*, mentre i funzionari a ministrativi, nell'applicazione delle leggi rientranti nella lo competenza, sono vincolati dalle direttive individuali dei lo superiori. Non ci addentreremo in questa sede nel rappor fra tribunali e regolamenti che, secondo la maggior parte del costituzioni, è regolato in modo diverso dal rapporto deg organi amministrativi con queste norme generali, in quan quelli e non questi hanno il potere di sindacare la legittimi dei regolamenti e di disapplicare quei regolamenti che rite gano illegittimi.

Considerata l'importanza eccezionale che l'istituto dell'i dipendenza dei giudici ha non solo nella prassi ma in part colare anche nella teoria, dove fornisce il criterio per l'impo tante distinzione tra giurisdizione e amministrazione, ci si de chiedere anzitutto perché mai nell'indipendenza dell'orga giurisdizionale si scorga una garanzia di legalità dei suoi at Ciò non è affatto di per sé evidente; non è dato infatti a

bilire in anticipo che l'organo superiore sia meno idoneo a svolgere legalmente la propria funzione di quello inferiore. Intimamente connesso con l'istituto giuridico dell'indipendenza è il fatto che, negli stati moderni, l'esecuzione delle leggi è sostanzialmente distribuita tra due gruppi di autorità, delle quali le une godono dell'indipendenza, le altre no; tra due sistemi di autorità che si contrappongono come tribunali e amministrazione e che non di rado, rivaleggiando, entrano in conflitto. La richiesta di una separazione della giurisdizione dall'amministrazione, appagata dalle moderne costituzioni, deriva chiaramente dallo stesso concetto fondamentale, che non può non condurre anche ad una divisione di tutta la materia legislativa in leggi giudiziarie e leggi amministrative.

10. Nella monarchia assoluta degli « stati », l'istituto dell'indipendenza dei giudici e quindi la separazione delle autorità giudiziarie dalle autorità amministrative si sono, com'è noto, affermati in lotta con la pretesa di dominio del monarca. Il significato politico dell'indipendenza giudiziaria era la limitazione del potere assoluto del principe. Fra i molteplici fattori che hanno condotto a questo risultato potrebbe esserci, fra l'altro, anche il fatto che in quelle materie la cui disciplina individuale era rivendicata da tribunali indipendenti, l'interesse dei sudditi poteva essere più forte di quello del principe. Si tratta del c.d. diritto civile e penale, cioè della tutela della vita, dell'onore e della proprietà. Impedire intromissioni del principe, per il resto assoluto, in questa sfera di interessi, rispondeva all'esigenza d'indipendenza dell'organo giudicante e, col passare del tempo, all'esigenza di separare la giurisdizione dall'amministrazione, cioè da quella parte dell'apparato di autorità statali che stava agli ordini del monarca. La cui funzione concerneva principalmente i rapporti con l'estero, l'organizzazione militare, finanziaria, industriale, scolastica, etc., materie per le quali l'interesse del principe, che si presentava come interesse *pubblico*, era di gran lunga maggiore che per le controversie patrimoniali e di diritto familiare

dei cittadini e per la punizione dei delitti che questi rec camente si arrecavano. Il monarca non aveva pertanto motivo di contrastare una progressiva elaborazione di n generali in questi settori. Tanto per via consuetudinaria qu per via di cosciente statuizione, la rete di disposizioni ast per l'attività dei tribunali si fa sempre più fitta, e un di civile e un diritto penale, un diritto processuale civile e diritto processuale penale restringono in misura crescent libertà dei giudici. Una volta che la produzione di no generali, cioè la legislazione, compete al monarca, quest tanto più interessato a vincolare i giudici con le leggi in qua i tribunali sono da lui *indipendenti*, non sono cioè vinco da norme individuali del monarca e dei suoi organi.

Esattamente opposta è la situazione negli altri settori gi dici, nei quali il monarca non ha alcuna ragione di limitare o gli organi a lui sottordinati con leggi di vasta portata. formano così, a poco a poco, un diritto civile e un diri penale contenenti minuziose norme sostanziali da applic mediante una procedura rigorosa e, insieme, un apparato tribunali indipendenti che applicano questo diritto; si forma anche, però, un diritto militare, un diritto finanziario, un ritto scolastico etc. che devono essere attuati da funzion amministrativi dipendenti, ai quali viene riconosciuto, so il profilo formale e sostanziale, il più ampio potere discrezi nale; e questo diritto viene contrapposto, come diritto amm nistrativo, al diritto giudiziario e viene gestito da un partic lare apparato di autorità.

Con ciò è dimostrata la connessione storico-politica, finor non abbastanza considerata, che esiste tra la dipendenza de l'amministrazione e il suo potere discrezionale e tra l'indipe denza della giurisdizione e i suoi minuziosi vincoli legislativi. I questo senso, spiegabile soltanto sul piano storico-politic corre la linea di confine che ancor oggi si assume tra dirit giudiziario e diritto amministrativo, vale a dire tra norm applicabili da tribunali indipendenti e norme applicabili autorità amministrative dipendenti: il diritto civile e il dirit

penale da un lato, tutto il resto dall'altro. Da qui, la contrapposizione tra giurisdizione e amministrazione. La quale — com'è facile vedere — coincide sostanzialmente con la contrapposizione tra diritto privato e diritto pubblico e, da un punto di vista tecnico-giuridico, che è il punto di vista di una valutazione razionale, dev'essere considerata del tutto arbitraria. Quale differenza ci può mai essere tra un diritto penale giudiziario e un diritto penale amministrativo, nel fatto che se un individuo viola la legge penale, riceve una pena detentiva e se invece trasgredisce una disposizione di diritto industriale, riceve una pena pecuniaria? In che cosa sta la differenza tra un'esecuzione sui beni ordinata da un tribunale e una ordinata dall'autorità amministrativa? Tutta la differenza, sulla quale anche la teoria giuridica costruisce il suo dualismo sistematico, riposa sull'indipendenza degli organi giurisdizionali.

11. Se però si guarda più da vicino, quest'indipendenza dei tribunali dalle norme individuali non costituisce affatto un carattere assoluto rispetto all'amministrazione. Si deve anzitutto osservare che l'indipendenza dei tribunali penali subisce una limitazione non irrilevante per il fatto che il procedimento penale può essere messo in moto solo per iniziativa di un funzionario amministrativo dipendente dal governo, il pubblico ministero, che può essere di regola interrotto per ordine del capo dello stato e che il potere di grazia dà a quest'ultimo la possibilità di togliere di mezzo una sentenza penale, o meglio, i suoi effetti giuridici. Certo, il governo non può ordinare ad un tribunale di decidere il singolo caso in un certo modo; può tuttavia — secondo la maggior parte delle costituzioni che riconoscono il principio dell'indipendenza dei tribunali — stabilire, in un modo che vincola il tribunale competente, che in un caso concreto venga adottata, non adottata o abbandonata una certa procedura. Esso non può certamente ordinare al tribunale di assolvere l'imputato, ma può ottenere un effetto giuridico simile all'assoluzione, che anche i tribunali devono onorare. Nella misura in cui la separazione della giurisdizione dall'am-

ministrazione si attenua — come avviene attraverso l'ingere dell'amministrazione nella giustizia penale —, ne resta li tata l'indipendenza dei tribunali.

È poi da osservare che l'indipendenza giudiziaria per significato per il fatto che contro la sentenza di un tribun si può fare appello ad un altro tribunale che, pur non essen gerarchicamente *superiore*, è tuttavia un'autorità *più alta* spetto al primo, in quanto ha la possibilità di annullare sentenza. Proprio così: l'indipendenza del primo tribun deve considerarsi eliminata anche sul piano formale, dal m mento che esso, nella sua nuova decisione, è vincolato da vedute giuridiche che l'istanza più alta ha posto a base del pronuncia di annullamento. Se anche queste vedute trovar espressione solo nella motivazione e non nel dispositivo del sentenza di annullamento, ciò equivale tuttavia ad una norm individuale, che vincola il primo tribunale; e quindi, ad un sensibilissima limitazione dell'indipendenza del giudice. questa si deve forse affermare non tanto rispetto agli altri tr bunali quanto piuttosto nei confronti dell'amministrazion cioè non tanto all'interno del gruppo di autorità denominat *tribunali* quanto piuttosto nei rapporti tra queste e l'apparat amministrativo? La funzione che l'istituto giuridico dell'*ind pendenza* ha in questo senso trova espressione nel principio sopra accennato, della *separazione* della giurisdizione dall'am ministrazione. Anche laddove, però, questa esigenza è appagat a livello costituzionale, laddove cioè la esecuzione delle legg è ripartita tra due apparati di autorità diversi e rispettivamente isolati che, in sé conchiusi, stanno l'uno accanto all'altro, anch là l'indipendenza dei tribunali — prescindendo dai casi prim indicati — non è e non può essere attuata senza eccezioni: ciò in quanto ci dev'essere un effettivo coordinamento, cio una parità completa delle due specie di autorità, essendo cons derate le funzioni di entrambe esecuzione della legge e quind tanto applicazione quanto produzione del diritto ed essend pertanto egualmente valutate dal punto di vista giuridico.

12. Il riconoscimento della fondamentale parità tra autorità giudiziarie e autorità amministrative non può cioè non avere la conseguenza che, come le autorità amministrative sono vincolate dagli atti giuridici dei tribunali (le sentenze giudiziarie), anche i tribunali siano vincolati dagli atti giuridici che le autorità amministrative adottano, in forma di decisioni o decreti, nell'ambito della rispettiva competenza. Poiché la distribuzione della materia giuridica tra giurisdizione e amministrazione, la divisione delle leggi — secondo l'autorità chiamata ad eseguirle — in leggi amministrative e leggi giudiziarie è arbitraria e, com'è stato provato, si spiega soltanto sul piano storico-politico, è del tutto escluso che l'efficacia giuridica degli atti dell'amministrazione non penetri anche nel campo della giurisdizione. La situazione processuale che mette il tribunale di fronte ad una tale efficacia è tipica: un tribunale, nel pieno della propria competenza, è chiamato a decidere su una controversia (o su un'azione penale); la sua pronuncia è però condizionata, in tutto o in parte, dalla decisione di una questione pregiudiziale, che appartiene alla competenza di un'autorità amministrativa. Lasciamo da parte il caso in cui l'autorità amministrativa non abbia ancora provveduto. Se l'ordinamento processuale consente al tribunale di decidere, in via interlocutoria, anche la questione pregiudiziale, prevedendo la possibilità di una correzione della decisione giudiziaria circa la questione principale solo per il caso di una successiva contrastante pronucia dell'autorità amministrativa competente, questa è una disciplina che non nuoce al principio di parità tra giurisdizione e amministrazione. Qui interessa invece solo il caso in cui, su quella che è una questione pregiudiziale nel procedimento davanti al giudice, esiste una decisione o un decreto della competente autorità amministrativa e quindi una norma individuale in forma di atto amministrativo. Qualche esempio può meglio chiarire. Il proprietario di un fondo agisce in giudizio contro l'uso di una strada che attraversa quel fondo. Il convenuto eccepisce davanti al tribunale che la strada è stata dichiarata pubblica dalla competente autorità ammini-

strativa. Oppure: un'autorità amministrativa, nell'ambito d competenza ad essa attribuita dalla legge, concede al cont che, secondo il diritto austriaco, sia separato ma non di ziato, la dispensa dall'impedimento del preesistente vin matrimoniale. Il nuovo matrimonio celebrato sulla base l'atto di dispensa che ha rimosso l'impedimento viene im gnato davanti al tribunale competente. O ancora: un'auto amministrativa munisce di clausola esecutiva un ordine di gamento emesso a carico di un soggetto e rientrante nella co petenza dell'amministrazione e — a termini di legge — ch de ad un tribunale l'esecuzione. Orbene, se nel decidere questione pregiudiziale relativa al carattere pubblico de strada, alla legalità della dispensa, alla esecutività del c dito, il tribunale è vincolato dal provvedimento dell'amm nistrazione e deve quindi decidere la questione princip rigettando la domanda o l'impugnazione o concedendo l'e cuzione, non si può più parlare di una sua indipendenza n confronti dell'amministrazione. Una piena indipendenza questo senso vi sarebbe qualora il tribunale potesse decide autonomamente anche la questione pregiudiziale e non fos in ciò vincolato dall'atto amministrativo che ha di fronte; avesse quindi la possibilità di accogliere la domanda propost contro chi usa la strada con la motivazione che si tratta di un strada privata sebbene la competente autorità l'abbia dichia rata pubblica; di dichiarare invalido il matrimonio impugnat per il fatto che vi ostava l'impedimento del preesistente vincol matrimoniale, sebbene la competente autorità amministrativ abbia rimosso il vincolo mediante la dispensa; di non con cedere l'esecuzione in quanto il credito non è esecutivo, seb bene la competente autorità amministrativa lo abbia dichiarat tale. Ciò significherebbe che il tribunale avrebbe il potere d annullare gli effetti giuridici dell'atto amministrativo e quindi indirettamente, l'atto medesimo. Nell'interesse dell'indipen denza dei tribunali, la loro competenza sarebbe così estesa, in presenza di determinati presupposti, anche alle materie am ministrative, cioè a quelle materie la cui disciplina individual

spetta altrimenti alle autorità amministrative. Sarebbe una esagerazione del principio della separazione della giurisdizione dall'amministrazione, realizzata attraverso un aumento di competenza a vantaggio della prima e a spese della seconda e in aperta violazione del principio della parità, che si fonda sul carattere giuridico delle funzioni di entrambe.

13. Nella stessa misura in cui si riconosce questa parità, si rende necessario vincolare i tribunali agli atti amministrativi, — cioè limitarne l'indipendenza rispetto all'amministrazione — salvaguardando la competenza delle autorità amministrative nei confronti dei tribunali anche quando questi ultimi devono decidere come questione pregiudiziale una questione già decisa dalle autorità amministrative. Ciò si verifica per esempio, anche nel diritto austriaco. Sebbene, infatti, già prima della riforma amministrativa del 1925, si potesse sostenere l'idea che, nella decisione delle questioni pregiudiziali, i tribunali fossero vincolati dagli atti della competente autorità amministrativa, dopo la disposizione del par. 68 della legge generale sul procedimento amministrativo del 1925 è del tutto fuor di dubbio che gli atti amministrativi — direttamente o indirettamente — possono essere annullati solo attraverso un procedimento davanti all'autorità amministrativa e quindi sono vincolanti, hanno cioè una relativa efficacia giuridica nei confronti dei tribunali ordinari. Se questi trascurano il precetto del par. 68 della predetta legge e, nel decidere una questione pregiudiziale già decisa dalla competente autorità amministrativa, non si ritengono vincolati dall'atto amministrativo che sta loro davanti, e quindi interferiscono nella competenza dell'autorità amministrativa legislativamente fissata, nasce un vero e proprio conflitto di attribuzioni che va risolto secondo le apposite disposizioni dettate di volta in volta dall'ordinamento e, per quanto riguarda l'Austria, secondo il par. 42 della legge sulla corte costituzionale del 1925 (2).

(2) Cfr. al riguardo il mio saggio *Zum Begriff des Kompetenzkonfliktes*, in *Jur. Blätter*, 1928, n. 6.

Se è così difficile per la teoria e per la prassi abituarsi a ri noscere il vincolo che deriva ai tribunali dagli atti amministrativi, ciò si deve in gran parte ad un'idea errata dell'indipendenza dei tribunali. Non è stato mai insegnato ai nostri giuristi che l'indipendenza dei tribunali nei confronti dell'amministrazione può subire e subisce limitazioni. E questa idea ipertrofica dell'indipendenza giudiziaria riposa ancora sulla dottrina che solo nel procedimento giudiziario si dia applicazione del diritto in senso proprio, che l'amministrazione, per sua natura, non sia propriamente un dominio del diritto, dal momento che emergono in questa sede non i fini giuridici dello stato, ma i suoi fini politici e di progresso civile, sicché la procedura giudiziaria acquista un valore più elevato di quella amministrativa, anzi ha essa sola, rispetto a quest'ultima, valore giuridico. Si vede con ciò a quali importanti conseguenze pratiche può condurre un'errata teoria dell'essenza dello stato e delle sue funzioni e quale significato eminentemente pratico può avere una dottrina depurata.

14. Di limitazione dell'indipendenza del giudice nei confronti dell'amministrazione si può parlare non soltanto in rapporto alla decisione di questioni pregiudiziali ma anche in rapporto alla stessa causa principale; e precisamente nel caso in cui il tribunale debba applicare un trattato internazionale oppure incida con la sua decisione sui rapporti dello stato con un altro stato. Quando la sentenza si pone in contrasto con gli obblighi internazionali dello stato, l'indipendenza del tribunale può dare origine ad un conflitto che non può essere composto pacificamente nei limiti in cui la sentenza non può essere eliminata attraverso la pronuncia di un tribunale superstatale, internazionale. E poiché costituzionalmente la competenza e la responsabilità dell'adempimento degli obblighi internazionali dello stato sono degli organi amministrativi, una limitazione dell'indipendenza giudiziaria in questo senso non può che apparire del tutto indiscutibile.

15. Se, da un lato, l'*indipendenza* dell'organo che pone il diritto non è un principio valido senza eccezioni o senza limitazioni all'interno del gruppo di autorità qualificate come *tribunali* o anche solo nei confronti del gruppo di autorità denominate *amministrazione*, non è, dall'altro, limitata ai tribunali ma trova applicazione anche in rapporto agli organi della c.d. amministrazione. Accade non di rado che, per determinati motivi, taluni organi incaricati di speciali funzioni, in particolare organi a struttura collegiale, vengano posti al di fuori dell'organizzazione generale delle autorità amministrative, che negli stati moderni fa capo di regola ai ministri. E ciò affinché queste speciali autorità siano sottratte all'influenza dei ministri; fine che viene raggiunto attraverso l'indipendenza, legislativamente sancita, di queste autorità nei riguardi degli organi dell'amministrazione generale e specialmente nei riguardi dei suoi capi, i ministri. Se a far parte di questi organi collegiali, in qualità di presidente o di membro, non si chiama alcun giudice di carriera, se i loro membri — per il resto indipendenti — vengono nominati, eventualmente solo per un breve periodo, dal ministro, non si è disposti a considerare queste autorità amministrative indipendenti come tribunali amministrativi; sebbene la differenza rispetto ai tribunali ordinari non stia nella mancanza d'indipendenza ma solo nella mancanza di particolari garanzie della medesima. Sono queste garanzie — l'inamovibilità, l'intrasferibilità costituzionalmente sancite — che caratterizzano la posizione dei tribunali. Se si prescinde da esse e s'intende per indipendenza il non essere vincolati da norme individuali, cioè da ordini impartiti da altri organi, alloro tutti gli organi esecutivi più elevati, e in particolare i ministri e il capo dello stato, sono *indipendenti* quanto i tribunali. Il concetto di organo esecutivo *più elevato*, cioè di organo dell'esecuzione cui nessun altro organo è superiore, cui nessun altro organo può impartire ordini, coincide infatti col concetto di organo *indipendente*. È da osservare, a questo riguardo, che la garanzia specifica dell'indipendenza giudiziaria, l'inamovibilità, sta esclusivamente nel fatto che un giudice può

essere rimosso solo mediante un procedimento giudiziario che pertanto proprio su questo punto non c'è alcuna differenza sostanziale tra la posizione dei giudici e quella dei funzionari amministrativi, dato che a questi ultimi viene assicurato un diritto all'ufficio e, in particolare, funziona per essi, come organo disciplinare, non il ministro ma un organo collegiale a lui indipendente e quindi un'autorità che ha più o meno il carattere di un tribunale. Lo sviluppo del moderno ordinamento del pubblico impiego si muove senza dubbio in questa direzione. Dal punto di vista disciplinare, il funzionario amministrativo non è soggetto ad un *superiore* ma ad un tribunale disciplinare, ed è quindi *inamovibile* al pari del giudice.

È qui da segnalare che assai di recente è stata prospettata l'esigenza (3) di concedere ai funzionari amministrativi incaricati di funzioni giurisdizionali l'indipendenza e di garanzie nelle medesime forme previste per i giudici. In quanto il funzionario amministrativo svolge la stessa funzione del giudice, accertando mediante un procedimento regolato dalla legge l'esistenza di una fattispecie cui la legge collega una sanzione, al fine di applicare poi la sanzione prevista, e nei limiti in cui il funzionario applica tecnicamente la legge allo stesso modo del giudice, l'esigenza d'indipendenza non è in questo caso meno giustificata che nell'altro.

16. Questa indipendenza dei funzionari amministrativi è essenzialmente rivolta, com'è naturale, contro il capo dell'amministrazione, il ministro. Essa trova la sua spiegazione e la sua giustificazione nell'odierno contrasto tra il funzionario amministrativo autocratico e burocratico e il ministro democraticamente nominato, che gravita essenzialmente nell'ambito della politica di partito. L'indipendenza nei confronti del ministro tende a rafforzare la posizione del burocrate, al quale è pressoché preclusa l'ascesa alla carica di ministro e la cui qualifi-

(3) Cfr. al riguardo Körner, *Unabhängigkeit der Verwaltungsrechtsprechung*, in *Prager Juristische Zeitschrift*, VII, n. 8.

cazione professionale, fondata su una specifica preparazione, viene in tal modo svalutata. Ma la richiesta d'indipendenza dei funzionari amministrativi incaricati di funzioni giusdicenti trova una ragione particolarmente seria nel legittimo bisogno di depoliticizzare l'amministrazione. Un ministro soggetto quasi senza limiti all'influenza della politica di partito troppo facilmente è disposto a trasmettere la pressione su di lui esercitata anche nell'ambito del procedimento amministrativo consacrato alla giurisdizione.

Un'indipendenza dell'organo giusdicente costituzionalmente garantita gioverebbe alla depoliticizzazione non solo sul terreno amministrativo. Nell'ambito della giurisdizione, nel quale è sorto, l'istituto dell'indipendenza ha già subito, infatti, un mutamento di significato in questo senso. Oggi, esso è lungi dal servire come limitazione del potere assoluto del principe, poiché questo è scomparso. Già nella monarchia costituzionale, nella quale il monarca poteva adottare atti di governo solo con la controfirma dei ministri responsabili, nessun serio pericolo derivava dal capo dello stato ai tribunali e quindi al legittimo svolgimento della giurisdizione. Ma nella repubblica democratica parlamentare è l'influenza dei partiti politici presenti in parlamento che — in quanto cerchi la sua strada attraverso i ministri di estrazione parlamentare — trova un certo limite nell'indipendenza dei tribunali. Ci si deve senza dubbio guardare dal sopravvalutare l'importanza di questo limite. Democrazia significa stato di partiti; nella stessa misura in cui la democratizzazione procede, cresce anche la politicizzazione dell'apparato delle autorità. Per poterlo influenzare, i partiti politici non devono necessariamente servirsi dei ministri. E dunque si può seriamente discutere se l'istituto dell'indipendenza, dopo il mutamento di significato che ha subito, rappresenti ancora quella garanzia di legalità che prima costituiva. E si deve anche osservare che, qualora i gruppi d'interessi fra i quali viene reclutato il ceto giudiziario, siano diversi da quelli che formano la maggioranza del popolo o del parlamento, l'indipendenza de giudici, come una volta si rivolgeva contro il principe as-

soluto, così può oggi rivolgersi contro il popolo o il parlam detentori del potere legislativo: una istituzione originaria te concepita in termini affatto democratici può giungere a zionare in modo antidemocratico.

17. Con l'affermare una differenza essenziale tra giur zione e amministrazione, la dottrina giuridica tradizio mette in campo, accanto all'indipendenza dell'organo giud rio, un secondo elemento intimamente legato al suo propo di collocare l'amministrazione statale al di fuori dell'ambito diritto. Si cerca cioè di differenziare la giurisdizione eserci dai tribunali dall'amministrazione qualificando questa co essenzialmente *libera* (*freie*) rispetto a quella. La *libertà* l'amministrazione non può che essere, naturalmente, una bertà dal diritto. Ma poiché — proprio a causa delle leggi ministrative — non è facile sostenere una totale assenza rapporti tra amministrazione e diritto, si cerca d'interpret il rapporto tra legge e sentenza del giudice in modo sost zialmente diverso dal rapporto tra legge e atto dell'ammi strazione. Il giudice applicherebbe la legge, giudicherebbe condo la legge, sarebbe vincolato dalla legge. L'amministr zione si dispiegherebbe invece liberamente all'interno dei lim posti dalle norme giuridiche; sarebbe un libero perseguimen dei fini dello stato entro l'ambito del diritto. Alla sua essen apparterebbe quindi il potere discrezionale delle autorità am ministrative.

Questa distinzione è impossibile sul piano logico e masche un postulato politico che contraddice il diritto positivo. È f cile dimostrare come ogni applicazione del diritto, cioè ogn concretizzazione di norme generali, ogni passaggio da u grado più alto a un grado più basso della produzione giuridic è solo riempimento di una cornice, solo attività all'interno d limiti posti dalla norma di grado più alto. La determinazion del grado più basso attraverso il grado più alto non può esse mai completa, nel grado più basso devono sempre aggiunger elementi di contenuto che mancano nel grado più alto, giacc

diversamente il processo di produzione del diritto non potrebbe ulteriormente progredire, un grado ulteriore sarebbe superfluo: al modo stesso in cui tra concetti astratti e idee concrete dev'esserci necessariamente una oggettiva differenza di contenuto. Questa differenza necessaria tra grado più alto e grado più basso nella concretizzazione del diritto è il c.d. *potere discrezionale* (*freie Ermessen*). Esso esiste fondamentalmente sia nella giurisdizione esercitata dai tribunali sia nell'amministrazione, in quanto entrambe non sono mai determinate dalla legislazione in modo completo ma solo in misura maggiore o minore; proprio come la stessa legislazione è determinata in misura maggiore o minore dalla costituzione e ha quindi un margine maggiore o minore di potere discrezionale. Se il giudice, nel caso concreto, debba assumere come esistente una concreta fattispecie penale, quale pena debba applicare entro i limiti stabiliti dalla legge, se le autorità amministrative debbano requisire ed abbattere il bestiame sospetto di epidemia, quale contenuto debba dare il legislatore alle proprie leggi, tutto questo rientra nel potere *discrezionale* (*frei*) e in pari tempo *vincolato*. È una fatica vana cercare di stabilire differenze qualitative tra questi casi, tra i quali vi sono differenze solo quantitative. La discrezionalità del legislatore è di regola certamente maggiore di quella del giudice penale, e quella delle autorità amminstrative sta a mezza strada tra le due. Questa però è la normale disciplina positiva, ma le cose possono andare diversamente e vi sono casi di ampi vincoli imposti al legislatore e casi di straordinaria libertà del giudice.

Proprio intorno al problema fino a qual punto chi applica il diritto debba essere vincolato dalla legge, si contrappongono due vedute di politica del diritto. Gli uni esigono ampi vincoli, affinché il singolo non sia abbandonato all'arbitrio dell'organo, affinché vi sia certezza in questa fase della concretizzazione del diritto e questa sia il più possibile prevedibile e calcolabile. Gli altri chiedono invece un'ampia libertà, affinché la norma individuale, la concreta decisione o il decreto, si adattino il più possibile alla particolarità del caso e si eviti il rigore

connesso con una normazione generale troppo dettagliat
completa. La soluzione di questo contrasto dipende molto d
qualità del materiale umano disponibile per la funzione
l'organo e quindi, in ultima analisi, dalla fiducia nella bo
degli uomini. Chi crede nella possibilità di uomini buoni,
non abusino dei loro poteri, che siano saggi e giusti, las
tutto alla discrezionalità di questi giudici-re. Diversame
cercherà di limitare il più possibile questa discrezionalità,
è il potere, il potere giuridico di chi applica il diritto. An
nel caso della discrezionalità più ampia, tuttavia, la legge
quindi il vincolo da essa derivante a chi applica il diritto n
vengono del tutto eliminati. C'è sempre, sia pure in forma p
supposta, la legge fondamentale che istituisce il giudice-re co
tale e stabilisce che il diritto specifico, individuale venga pos
realizzato coattivamente. Sicché la discrezionalità non è m
del tutto libera, priva di una qualche norma che stabilisca l'at
ricadente nel potere discrezionale, giacché altrimenti non
rebbe possibile concepire quest'atto come atto giuridico e l'i
dividuo che lo pone in essere come organo dello stato; e non
mai del tutto vincolata giacché altrimenti l'atto discrezion
sarebbe senz'altro impossibile. Se nel concetto di *applicazio*
della legge trova espressione il carattere vincolato dell'atto gi
ridico individuale, il concetto di agire *entro i limiti della legg*
secondo la legge, si riferisce alla libertà che la legge neces
riamente riconosce a tale atto. Non ha senso distinguere g
atti giuridici in liberi e vincolati, giacché ogni atto giuridic
è l'una e l'altra cosa; e questa distinzione indica solo il tent
tivo di privare ideologicamente alcuni atti del loro caratter
giuridico col dichiararli essenzialmene liberi.

18. Questa tendenza appare particolarmente chiara nel ten
tativo della teoria di riconoscere all'amministrazione, ad ont
di ogni contraddizione, il primo posto tra le funzioni del
stato. Questa sarebbe l'unica funzione essenziale, che avrebb
storicamente preceduto tutte le altre e alla quale si sarebber
in seguito aggiunte la legislazione e la giurisdizione. Si ritien

che solo l'amministrazione sia una funzione statale necessariamente continua e che le altre due abbiano invece carattere intermittente; che lo stato potrebbe senza dubbio esistere senza legislazione e, temporaneamente, anche senza giurisdizione, ma neppure un momento senz'amministrazione. Questa sarebbe infatti anche la funzione più completa, spettando ad essa la preparazione delle leggi e l'esecuzione delle sentenze. Tutto ciò è chiaramente inesatto o è una interpretazione assolutamente distorta della realtà. Se per amministrazione s'intende la funzione statale materiale solitamente così denominata, non c'è stata in origine alcuna amministrazione ma solo giurisdizione. Lo stato primitivo è un ordinamento che si limita ad atti coercitivi nei riguardi di talune fattispecie considerate socialmente dannose, e quindi a quelle che vengono chiamate la pena e la guerra. Il fatto che non vi sia una *legislazione* non significa però che non vi sia alcuna legge nel senso di norma generale. Anche la produzione consuetudinaria di norme generali è *legis*-lazione nel senso in cui si esprime la natura di questa funzione. La legislazione, come cosciente posizione di norme generali da parte di organi appositi, è senza dubbio, in tempi normali, un'attività solo intermittente. L'amministrazione è però funzione relativamente continua non più della giurisdizione in senso tradizionale. Del resto, con il crescente potere del parlamento, anche la legislazione ha assunto la tendenza ad intensificarsi e a divenire continua. Quanto poi alla completezza dell'amministrazione, si tratta di un'evidente illusione. Se si vuole considerare la preparazione di un disegno di legge un atto giuridico, questo può essere solo concepito come stadio del procedimento legislativo e ricondotto quindi alla funzione legislativa e non a quella amministrativa. Che, nelle moderne democrazie, quest'atto preparatorio sia di regola affidato, non senza eccezioni, a funzionari amministrativi, ad organi ausiliari del governo, ciò non significa che l'atto diviene in tal modo un atto amministrativo ma solo che questi funzionari amministrativi diventano organi legislativi. Lo stesso può dirsi della esecuzione delle sentenze giudiziarie.

Questa è una funzione giudiziaria, non amministrativa, e anc se l'organo che la svolge non è indipendente, è pur sem giurisdizione.

19. Questa curiosa teoria svela il proprio reale signific nelle conclusioni che trae da siffatte premesse. Poiché l'a ministrazione ha carattere originario, la sua posizione cam con l'avvento della legislazione. Questa — intesa come ordi mento giuridico generale o semplicemente come diritto assoggetta a sé parti via via sempre più grandi dell'amminist zione, *a priori* indipendente dal diritto: dell'*amministrazio* cioè chiaramente dello *stato* indipendente dal diritto! Natur mente — così s'insegna — il diritto non assoggetta a sé l'int campo dell'amministrazione né assoggetta l'amministrazio nella stessa misura della giurisdizione, cioè interamente. quest'amministrazione da esso indipendente, il diritto po solo certi *limiti*. E anche questo vale solo per lo stato modern che in tal modo diventa stato di diritto: uno stato in cui d minano le leggi e, nei limiti delle regole giuridiche, viene es citata l'amministrazione; la quale però non può essere giu cata principalmente sul piano giuridico.

Il punto dove va a parare tutta questa confusione di co cetti è questo: da un lato, si vuole concepire l'amministr zione in qualche modo come una funzione giuridica in quant funzione statale, dall'altro però si vogliono il più possibile el minare da questo settore i molesti vincoli della legge. Gli at amministrativi non dovrebbero essere valutati alla stregua d regole giuridiche così rigide come avviene per gli atti giudi ziari. Qui dovrebbero poter valere come atti statali anche att che non si dimostrino conformi al diritto e si dovrebbe ric vare dall'essenza dello stato che un vincolo giuridico non possibile o efficace o non lo è completamente. Questa teori trova la sua espressione più schietta nella dottrina che afferm in modo esplicito che l'atto amministrativo — a differenza da l'atto giudiziario, dalla sentenza — non trae la propria val dità o gli effetti giuridici con esso collegati da una norma ch

lo sovrasta, dalla legge, ma reca in se stesso la propria forza giuridica!

20. Questa teoria dell'amministrazione come attività statale essenzialmente libera si spiega in parte col fatto che l'attività dello stato inizialmente denominata amministrazione non era così ampiamente determinata da norme generali di contenuto materiale come la giurisdizione dei tribunali. Com'è stato sopra mostrato, il monarca assoluto aveva scarsi motivi di limitare particolarmente con *leggi* proprio nel campo dell'amministrazione la facoltà di porre liberamente il diritto riconosciutagli dalla costituzione. Ma già nella monarchia costituzionale, dove la base per porre il diritto individuale non era più la volontà del solo monarca ma la legge come deliberazione sanzionata del parlamento, se lo stato doveva espandere la propria attività in una qualche direzione, era necessaria una legge che venisse chiaramente esternata. Questa poteva essere concepita in termini affatto generali e poteva riconoscere alle autorità amministrative una dose di potere discrezionale maggiore di quella che le leggi giudiziarie erano solite lasciare ai tribunali. Nel corso dello sviluppo, tuttavia, questa differenza scompare quasi completamente. Quanto più importanti diventano gl'interessi individuali sui quali incidono le leggi amministrative, quanto più cresce il potere del parlamento nei confronti del monarca — interessato, in contrasto col primo, al potere discrezionale degli organi amministrativi a lui sottoposti — tanto più il procedimento amministrativo si avvicina a quello giudiziario; non solo, ma tanto più dettagliate diventano anche le leggi amministrative sostanziali, tanto più minutamente regolano l'attività dell'amministrazione.

La conformità dell'amministrazione al modello giudiziario, che si manifesta in modo particolarmente chiaro nello sviluppo di un processo amministrativo di tipo giudiziario, importante ai fini della funzione giurisdizionale dell'amministrazione, si esprime nel modo più vigoroso con l'avvento della giurisdizione amministrativa. Questa esiste allorché vengono affidate

funzioni giurisdizionali amministrative ad organi che dono di tutte le garanzie dell'indipendenza giudiziaria. E altro mai è tutto ciò se non amministrazione per mezzo tribunali, amministrazione come giurisdizione? È indiffere a questo riguardo, che il procedimento amministrativo si svo già in prima istanza, davanti ad un tribunale amministra o che questo intervenga, come istanza suprema o straordin solo dopo l'esaurimento dei ricorsi amministrativi. Eppur teoria si attiene alla opposizione concettuale tra giurisdizio amministrazione; e la prassi, anche di fronte ad una leg mità dell'azione amministrativa garantita dalla piena indip denza degli organi giusdicenti, si oppone a che i tribunali dinari siano vincolati dall'atto amministrativo! E a questo p posito, sul campo della giurisdizione si affermano tendenze avvicinano quest'ultima alla situazione in cui si trovava l'addietro l'amministrazione. Si è oggi disposti, cioè, ad all tare i vincoli sempre più ampi dei tribunali, ad aumentar loro potere discrezionale.

21. Se, considerando tutte queste circostanze, viene an mantenuta la dottrina della *libertà* dell'amministrazione e d sua essenziale differenza dalla giurisdizione, questo signif che la teoria giuridica — come accade non di rado — è rima chiusa in una certa ideologia politica, sebbene questa, completo mutamento delle basi costituzionali, abbia perdu il suo significato. L'intera dottrina dell'amministrazione q tratteggiata è sorta sul terreno della monarchia costituziona La dottrina costituzionale di quest'ultima tendeva compren bilmente a far sì che la perdita di potere subita dal monar col venir meno dell'assolutismo fosse la minore possibile o a parisse tale. Limitato nel campo legislativo dalla rappresentan popolare, pressoché totalmente escluso dalla giurisdizione causa dell'indipendenza dei giudici, il monarca cerca di es citare tanto più energicamente nel campo amministrativo potere che gli è rimasto. Si spiegano in gran parte così strani contorcimenti ai quali la teoria giuridica si deve p

stare. Nella repubblica democratica, quel fondamentale contrasto d'interessi tra il capo dell'amministrazione e l'organo titolare del potere legislativo viene meno. La teoria costituzionale del diritto amministrativo ha perduto la propria base e pertanto ha ora via libera l'opinione che il contrasto decisivo all'interno della funzione esecutiva stia in un luogo diverso da quello in cui lo si è finora cercato.

Non la funzione giudiziaria può essere separata, in quanto giurisdizione, dall'amministrazione, giacché quest'ultima, come è stato mostrato, è essa stessa in gran parte giurisdizione, anzi giurisdizione esercitata da organi indipendenti, ma tutto è da ricondurre sistematicamente alla distinzione tra amministrazione statale diretta e amministrazione statale indiretta, alla quale abbiamo accennato.

22. Com'è stato già esposto in un precedente contesto, nel campo amministrativo, lo stato non solo può costringere i privati ad un determinato comportamento che favorisca i suoi fini politici e di progresso civile e perseguire quindi tali fini indirettamente, prevedendo un atto coercitivo a carico di chi viola l'obbligo, come fa nel campo della giurisdizione; ma può anche, esso stesso, costruire ospedali e curarvi i malati, istituire scuole e impartirvi l'insegnamento, gestire ferrovie ecc.. La differenza tra amministrazione statale diretta e amministrazione statale indiretta può essere chiarita dall'esempio che segue. Lo stato può perseguire il fine d'impedire la diffusione delle malattie contagiose o punendo, attraverso propri organi amministrativi, la mancata disinfezione nel caso di talune malattie (dovere giuridico dei sudditi di provvedere alla disinfezione) oppure provvedendo alla disinfezione mediante i propri organi amministrativi (dovere dell'organo di provvedere alla disinfezione). Nel primo caso, il fine è raggiunto se lo stato non entra in azione, se cioè non ha motivo di farlo (in quanto il soggetto privato adempie il proprio dovere); nel secondo, accade esattamente il contrario: il fine è raggiunto se lo stato entra in azione (se l'organo statale adempie il proprio do-

vere). Anche nel secondo caso il comportamento voluto è a sicurato solo mediante norme coercitive generali e individua La particolarità sta nel fatto che tale comportamento costituis un dovere degli organi preposti a tale attività e retribuiti co fondi statali. Sul piano tecnico-giuridico, è assai diverso ch alla costruzione di una strada, alla istituzione di una scuo e all'assunzione degli insegnanti siano obbligati dei *priva* sotto la comminatoria di una sanzione o che tutto ciò costituisc il contenuto di un dovere d'ufficio assicurato in via discip nare; che alle spese relative si provveda con denaro privato, invece con fondi statali. Con *fondi statali* o a carico del fis significa mediante una fonte di finanziamento giuridicamen qualificata in modo ben preciso, mediante un fondo central costituito in modo giuridicamente determinato, cioè con i tr buti di tutti i cittadini, e del quale si può disporre in mod anch'esso giuridicamente determinato.

23. Le funzioni dello stato attraverso le quali i fini dell comunità giuridica vengono perseguiti indirettamente, le fun zioni di amministrazione indiretta e di giurisdizione, son quelle in cui l'ordinamento statale si dimostra immediatament un ordinamento coercitivo, lo stato un apparato coercitivo: pena esecuzione, tipica reazione del diritto, cioè qui azione dell stato, atto statale. Nelle funzioni statali attraverso le quali fini della comunità giuridica vengono realizzati direttamente, cioè nelle funzioni di amministrazione diretta, l'ordinamento coercitivo compare solo in forma mediata: qui l'attività qualificata come amministrazione statale diretta si presenta come contenuto di doveri d'ufficio sanzionati con norme disciplinari. Sotto questo punto di vista tecnico-giuridico, lo sviluppo della comunità statale — nel suo complesso e prescindendo da talune limitate eccezioni — appare un progresso dall'amministrazione statale indiretta a quella diretta.

Nello stato primitivo, la forma più antica di comunità giuridica, i fini della comunità vengono perseguiti solo in mod indiretto. In origine, l'unica reazione del diritto è la pena,

di essa viene incaricato chi è stato colpito nei propri interessi dal comportamento socialmente dannoso di un altro soggetto. La pena è ancora vendetta, vendetta del sangue. Più tardi, al posto dell'interessato, che agisce come organo della comunità giuridica, subentra l'organo specifico, ufficiale, cioè soggettivamente qualificato in un certo modo. Il diritto si crea il tribunale. Questo grado dello sviluppo tecnico-giuridico è caratterizzato dal fatto che l'atto coercitivo, la reazione del diritto, può essere posto solo da organi ufficiali e che solo un simile atto coercitivo (o il suo procedimento preparatorio) si presenta come atto dello stato. Lo stato è solo uno stato giudiziario. Nella fase successiva, come reazione del diritto interviene, accanto alla pena, l'esecuzione civile. Nel corso dell'ulteriore svolgimento, un progresso decisivo va colto non tanto nel fatto che accanto ad autorità giudiziarie vi siano autorità amministrative, fintantoché queste svolgono le medesime funzioni dei tribunali — porre in essere atti coercitivi, pene, esecuzioni contro i soggetti che si comportano illegalmente — quanto invece nel fatto che agli organi ufficiali vengono anche affidate dall'ordinamento funzioni diverse dall'attuazione o dalla preparazione di atti coercitivi, allorché viene loro commesso il raggiungimento diretto dei fini della comunità. Solo a questo punto si passa dallo stato giudiziario al vero stato amministrativo.

24. In rapporto con questa modifica della struttura sostanziale dell'ordinamento statale, sta pure una modifica nel concetto di stato. Rispetto alla comunità giuridica, che non funziona ancora per mezzo di organi specifici, non c'è alcun motivo per distinguere tra soggetto privato e organo statale. Gli atti giuridici di tutti i membri della comunità valgono in egual misura come atti della comunità, tutti gli atti giuridici sono in egual misura atti dello stato. Con la creazione di organi specifici e la distinzione tra diritto penale e diritto civile (alla pena si aggiunge l'esecuzione, che presuppone che i soggetti delegati dall'ordinamento possano regolare taluni rapporti reciproci mediante il negozio giuridico), nasce la di-

stinzione tra atti giuridici dei soggetti privati (da conc come organi della comunità giuridica) e atti giuridici d organi specifici, cioè degli organi ufficiali. Poiché questi ul atti esprimono la reazione caratteristica del diritto, in cui si l'intero procedimento giuridico — quasi l'ultima battuta ritmo col quale vibra l'apparato giuridico — essi penetr nella coscienza in modo particolare. La comunità vi si m festa col massimo di percettibilità, sono gli atti statali *par ex lence*. Si differenziano nettamente dagli atti degli organi ufficiali, dei semplici soggetti privati — gli atti negoziali cittadini. Dal concetto di stato in senso lato, che è un conc dell'essenza giuridica e abbraccia ogni comunità giuridica ordinamento giuridico, anche primitivi, si stacca un più li tato concetto di stato, che si riferisce solo all'ordinamento istituisce organi ufficiali funzionanti secondo il principio de divisione del lavoro e che in ultima analisi significa solo complesso degli atti giuridici posti in essere da questi org specifici. Non è un concetto dell'essenza giuridica ma del co tenuto giuridico dello stato; si fonda sul contenuto giuridi del concetto di organo ed esprime solo un ordinamento p ziale all'interno dell'ordinamento totale che abbraccia tutti atti giuridici. Da ciò si ricava la differenza tra *stato* o *orga dello stato* e *soggetto privato*. Allo stato nel senso più limita del suo contenuto giuridico si ricollega l'ulteriore svilupp tecnico-giuridico che dallo stato giudiziario conduce allo sta amministrativo. Agli organi specifici in senso contenutistico affidata la funzione di perseguire, oltre che in modo indiretto anche in modo diretto i fini dello stato. Mentre però gli at dell'amministrazione statale indiretta da realizzare in form coercitiva sono posti in essere solo dallo *stato*, cioè da organ ufficiali, le fattispecie dell'amministrazione diretta sono post in essere anche dallo stato in questo senso. In questo settor dell'amministrazione diretta, lo *stato* agisce in concorrenza co i privati; in quello, ha invece una posizione di monopoli Sul piano tecnico-giuridico, lo sviluppo dallo stato di tipo cap talista-individualistico allo stato socialista-universalistico sign

fica che, anche nel settore dell'amministrazione diretta, lo stato mira ad una posizione di monopolio.

È da osservare, a questo proposito, che la distinzione tra amministrazione indiretta e amministrazione diretta — al pari di ogni distinzione all'interno di un sistema giuridico — non ha valore assoluto ma relativo. Il progresso storico dalla giurisdizione penale alla giurisdizione civile, all'amministrazione diretta attraverso quella indiretta, caratterizza insieme il continuo passaggio da un modo indiretto ad un modo diretto di perseguire i fini dello stato.

25. Per riassumere: Se le funzioni dello stato vengono considerate da un punto di vista formale, ne deriva un contrasto tra legislazione ed esecuzione delle leggi, che si sviluppa in una serie graduale che va dalla norma generale all'atto individuale. Da questo punto di vista, scompare ogni antitesi di principio tra giurisdizione e amministrazione, che si presentano entrambe come individualizzante esecuzione delle leggi. Né l'indipendenza dei tribunali né il potere discrezionale dell'amministrazione si sono dimostrati sufficienti per distinguere in modo univoco le due funzioni statali. Se invece le funzioni dello stato vengono considerate da un punto di vista materiale, cioè dal punto di vista dei fini perseguiti con l'apparato giuridico statale, se ne ricava una distinzione affatto diversa di tali funzioni: a seconda che i fini vengono realizzati in modo indiretto o diretto. E allora l'attività dei tribunali, al pari di gran parte di quella funzione dello stato comunemente denominata amministrazione, appare solo un modo indiretto di perseguire i fini dello stato. Questo modo, che si riferisce all'attività sia dei c.d. tribunali che delle c.d. autorità amministrative, potrà essere tanto più denominato amministrazione statale indiretta — amministrazione nel senso ampio del termine — in quanto tra l'attività statale ora denominata amministrazione e la c.d. giurisdizione non c'è alcuna sostanziale differenza ma una sostanziale uguaglianza di funzioni. Questa realtà non può non esprimersi, presto o tardi, anche sul piano

organizzativo, con la unificazione dell'apparato delle auto incaricate di funzioni di amministrazione indiretta in se ampio che siano sostanzialmente uguali; in modo tale c vengano eliminati l'assurdo dualismo e la concorrenza a pericolosa tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione ammi strativa. All'amministrazione statale indiretta sta di fro l'amministrazione statale diretta, che guadagna importan nella stessa misura in cui lo stato diventa cosciente dei pro compiti sociali e interviene nella vita sociale con le sue fu zioni assistenziali ed economiche.

Se si può assumere che, in futuro, al posto della disti zione, teoreticamente superata, tra giurisdizione e amministr zione, subentrerà la distinzione tra funzione o amministrazio statale diretta e indiretta e sarà fornita la base di una nuo sistematica giuridica e soprattutto di una nuova organizz zione delle autorità, ciò è perché si può forse assumere ch lo stato del futuro sarà, in misura assai maggiore di quant oggi avviene, non più semplicemente uno stato giudiziari cioè solo uno stato di amministrazione indiretta, ma uno sta amministrativo nel senso più proprio della parola, cioè un stato di amministrazione diretta. E se finora il diritto civil e il diritto penale, e quindi la giurisdizione penale e la giu risdizione civile, sono stati qualificati come «giustizia», cio con il termine romano di *justitia*, e, sotto questo profilo, son stati contrapposti al diritto amministrativo, ciò riflette in modo affatto ingenuo una concezione che attende la realizzazione della giustizia solo dal diritto giudiziario, solo dallo stato giudiziario, poiché è incline a vedere nella giustizia una retribuzione. Il superamento del contrasto tra giustizia e amministrazione in rapporto al progresso dallo stato giudiziario allo stato amministrativo significa l'affermarsi del convincimento che la giustizia — semmai — più che mediante il diritto giudiziario nello stato giudiziario, potrà essere attuata mediante il diritto amministrativo nello stato amministrativo, giacché ciò che importa non è tanto la giustizia retributiva quanto piuttosto la giustizia distributiva.

VI

SULLA TEORIA DELL'INTERPRETAZIONE

1. L'ordinamento giuridico non è un sistema di norme equiordinate, poste sullo stesso piano, ma una gradazione di regole subordinate l'una all'altra, i cui rapporti reciproci sono stati illustrati attraverso l'analisi strutturale intrapresa dalla dottrina pura del diritto. Dalla visione di un ordinamento costruito a gradi derivano anche conseguenze importantissime per il problema dell'interpretazione. Quest'ultima è un'attività dello spirito che accompagna il processo di produzione del diritto nel suo passaggio da un grado più alto ad un grado più basso, determinato da quello più alto. Nel caso normale d'interpretazione della legge, il problema da risolvere è in qual modo dalla norma generale della legge applicata ad una fattispecie concreta si debba ricavare la corrispondente norma individuale di una sentenza giudiziaria o di un atto amministrativo. Esiste però anche un'interpretazione della costituzione, quante volte si tratti — nel procedimento legislativo, nell'emanazione di ordinanze di necessità o di analoghi atti immediatamente subordinati alla costituzione — di applicare quest'ultima, cioè di darle esecuzione ad un livello più basso. Ed esiste pure un'interpretazione delle norme individuali, cioè delle sentenze giudiziarie, degli ordini amministrativi, dei negozi giuridici, etc., in breve di tutte le norme in quanto debbano essere applicate, in quanto cioè il processo di produzione e di esecuzione del diritto passi da un determinato grado a quello che lo segue.

2. Il rapporto tra un grado più alto e un grado più basso nella produzione del diritto — come tra costituzione e legge o legge e sentenza giudiziaria — è un rapporto di determinazione e di vincolo: la norma di grado più alto regola l'atto che produce la norma di grado più basso (o l'atto di esecuzione

materiale, quando ormai si tratta solo di questo); essa d mina in tal modo non solo il procedimento che conduce produzione della norma più bassa ma eventualmente anch contenuto di tale norma. Nel rapporto tra costituzione e le prevale la disciplina del procedimento; non manca tutta neppure qui, una determinazione del contenuto delle leggi ture: la disciplina costituzionale dei diritti fondamentali e libertà è il tentativo di determinare — almeno sotto il pro negativo — il contenuto di leggi future, attraverso l'esclusi di determinati contenuti (attentati alla libertà ed alla p prietà). Nel rapporto tra legge e sentenza giudiziaria o a amministrativo, la disciplina del procedimento e la discipl del contenuto della norma più bassa si bilanciano, la nor individuale viene determinata sia sotto il profilo del proce mento che conduce alla sua produzione sia sotto il profilo d suo contenuto materiale (diritto civile, penale, amministrativ

Questa determinazione non è, tuttavia, mai completa; norma di grado più alto non può vincolare in ogni sen l'atto che le darà esecuzione. Resterà sempre uno spazio ma giore o minore per l'esercizio del potere discrezionale, sicc la norma di grado più alto, rispetto all'atto di produzio normativa o di esecuzione materiale con il quale viene attua ha sempre il carattere di una cornice che quest'atto deve rien pire; e persino un ordine particolareggiato deve consentire chi lo esegue tutta una serie di determinazioni. Se l'organo ordina all'organo B di arrestare il cittadino C, l'organo deve stabilire egli stesso quando, dove e come intenda eseguir l'ordine di arresto, deve prendere cioè decisioni che dipendon da circostanze esterne, che l'organo che ha impartito l'ordi non ha previsto e in gran parte non poteva prevedere.

3. Ogni atto giuridico che attua una norma, sia esso u atto di produzione del diritto oppure un atto di mera esec zione materiale, in parte è quindi determinato da questa no ma, e in parte resta indeterminato. Questa indeterminatez può riferirsi tanto alla fattispecie condizionante quanto a

conseguenza condizionata, sia cioè alle modalità sia al contenuto dell'atto da porre in essere. L'indeterminatezza può essere addirittura intenzionale, cioè voluta dall'organo che ha posto la norma superiore. Sicché una norma semplicemente generale viene sempre posta in essere — secondo la sua natura — nel presupposto che la norma individuale che le darà esecuzione continuerà il processo di determinazione che dà senso alla successione graduale delle norme giuridiche. Altrettanto accade in caso di delega. Così, per esempio, una legge sanitaria stabilisce che, qualora scoppi un'epidemia, gli abitanti di una data città debbano, sotto la comminatoria di una pena, adottare misure precauzionali allo scopo d'impedire il diffondersi della malattia: l'autorità amministrativa viene autorizzata a determinare queste misure in modi diversi, secondo la natura della malattia. Oppure: la legge penale prevede, per un certo reato, una pena pecuniaria o una pena detentiva, lasciando al giudice di applicare nel caso concreto l'una o l'altra e di stabilirne la misura, per la quale la legge stessa può prevedere un massimo e un minimo.

4. L'indeterminatezza dell'atto giuridico può essere tuttavia conseguenza involontaria del carattere della norma cui l'atto deve dare esecuzione. A questo proposito va anzitutto considerata l'ambiguità di una parola o di una frase attraverso le quali la norma si esprime: il senso linguistico della norma non è univoco, e chi deve eseguirla si trova davanti a vari possibili significati. Lo stesso accade quando l'interprete ritiene di poter assumere che tra la forma linguistica e la volontà di chi ha posto la norma vi sia una discrepanza, restando da vedersi in qual modo questa volontà possa essere accertata. Dev'essere possibile, in ogni caso, ricavarla da fonti diverse dall'espressione linguistica della norma. Che la cosiddetta volontà del legislatore o l'intenzione delle parti in un negozio giuridico non corrispondano alle parole adoperate nella legge o nel negozio, è una possibilità che la giurisprudenza tradizionale riconosce in linea generale. La discrepanza tra volontà

ed espressione può essere totale oppure anche solo parzi
come accade allorché la volontà del legislatore o l'intenzio
delle parti corrispondono almeno ad uno dei vari significa
che l'espressione linguistica della norma reca con sé. L'ind
terminatezza di un atto giuridico da porre in essere sulla b
di una norma può essere, infine, conseguenza del fatto c
due norme che pretendono di aver vigore contemporaneame
— in quanto, per esempio, appartengono alla medesima legge
contrastano in tutto o in parte.

5. In tutti questi casi, si offrono all'esecutore varie pos
bilità. L'atto di esecuzione può essere strutturato in modo
corrispondere all'uno o all'altro dei vari significati linguist
della norma, oppure alla volontà comunque accertata di
ha posto la norma o all'espressione da lui prescelta, oppu
all'una o all'altra delle due norme in contrasto; e si può anc
operare come se le due norme contrastanti si fossero annulla
a vicenda. La norma da eseguire crea quindi solo una corn
nel cui interno esistono varie possibilità di esecuzione ed
conforme alla norma ogni atto che si mantenga in que
cornice, che la riempia in qualunque possibile senso.

Se per *interpretazione* s'intende l'accertamento del signi
cato di una norma da eseguire, risultato di quest'attività n
può che essere l'accertamento del campo offerto dalla norm
da interpretare e quindi la conoscenza delle varie possibili
che esistono all'interno di questo campo. Sicché l'interpret
zione di una legge non deve necessariamente condurre
una soluzione soltanto, come all'unica giusta, ma possibilmen
a più soluzioni, le quali tutte — dal punto di vista della norm
da applicare — si equivalgono, anche se poi una sola di e
diventa diritto nella sentenza del giudice. Che la sentenza
fonda sulla legge, in effetti, significa solo che si mantiene
l'interno del campo offerto dalla legge, non significa che
la norma individuale ma *una* delle norme individuali possi
entro l'ambito della norma generale.

La giurisprudenza tradizionale ritiene tuttavia di dove

attendere dall'interpretazione non solo l'accertamento del campo lasciato all'atto giuridico da porre in essere ma anche l'assolvimento di un compito ulteriore, nel quale anzi è incline a vedere la sua funzione principale. L'interpretazione dovrebbe sviluppare un metodo che renda possibile colmare in modo giusto il campo accertato. La corrente teoria vuol far credere che la legge, applicata al caso concreto, non possa che fornire sempre la giusta soluzione e che la *giustezza* positiva di questa soluzione si trovi nella stessa legge. Essa presenta il processo ermeneutico come un atto intellettuale di chiarificazione o di comprensione, come se l'interprete dovesse adoperare solo l'intelletto e non la volontà, e come se la semplice attività intellettiva potesse fornire, fra le varie possibili soluzioni, quella che risponde al diritto positivo, quella che è giusta in base ad esso.

6. Senonché, da un punto divista aderente al diritto positivo, non c'è alcun criterio per stabilire quale delle possibilità interpretative offerte dalla norma da applicare sia preferibile all'altra. Non esiste assolutamente alcun metodo — qualificabile di diritto positivo — che, fra i vari significati linguistici di una norma, consenta di considerarne uno come l'unico *giusto*: purché si tratti, naturalmente, di più interpretazioni possibili, che tengano conto cioè di tutte le altre norme della legge o dell'ordinamento giuridico. Nonostante ogni sforzo della giurispruduenza tradizionale, non si è ancora riusciti a risolvere il conflitto tra volontà ed espressione in termini obiettivamente validi a favore dell'una o dell'altra. Tutti i metodi ermeneutici fino ad oggi proposti conducono sempre ad un possibile, mai ad un unico risultato giusto. Sul piano del diritto positivo, attenersi alla presunta volontà del legislatore trascurando il tenore delle parole o seguire scrupolosamente quest'ultimo senza darsi pensiero della volontà — per lo più problematica — del legislatore, è la stessa cosa.

Nel caso di contrasto tra due norme contemporaneamente in vigore, le tre possibilità logiche di esecuzione alle quali si

è prima accennato stanno, in termini di diritto positivo, medesimo piano. È uno sforzo inutile voler dare un fon mento *giuridico* all'una escludendo le altre. La totale m canza di valore dell'*argumentum a contrario* e dell'analo normalmente utilizzati, deriva a sufficienza dal fatto che trambi conducono a risultati contrastanti e non c'è alcun terio per stabilire quando debba essere applicato l'uno e quan l'altra. E anche il principio della c.d. comparazione degli teressi è solo una formulazione e non già una soluzione problema in esame. Esso non ci dice con quale metro debba essere confrontati gl'interessi contrastanti e quindi decisi conflitti d'interesse. Questo metro non può essere, in partic lare, ricavato dalla norma da interpretare o dalla legge che contiene oppure da tutto l'ordinamento giuridico, come la do trina della comparazione degli interessi vuol far credere. L necessità di una *interpretazione* nasce proprio dal fatto che norma da applicare o il sistema normativo lasciano aperte var possibilità, non dicono cioè quale degli interessi in gioco il più valido e rimettono, invece, questa decisione, questa gr duazione degli interessi, ad un atto di produzione normati — per esempio alla sentenza — ancora da porre in essere.

7. L'idea che sta alla base della teoria ermeneutica trad zionale, che cioè la determinazione dell'atto giuridico ma cante nella norma da attuare possa essere in qualche mod ricavata dalla conoscenza del diritto già esistente, è contrad dittoria, in quanto è una illusione contraria alla premes della possibilità di una interpretazione. Il problema di stabilir quale, fra le possibilità offerte dalla norma, sia quella *giust* non è — conformemente alla premessa — un problema di co noscenza del diritto positivo, non un problema di teoria ma politica del diritto. Il compito di ricavare dalla legge la giust sentenza o il giusto atto amministrativo è sostanzialmen uguale a quello di fare la giusta legge nell'ambito della cos tuzione. Nella stessa misura in cui è possibile, in via inte pretativa, ricavare dalla costituzione la giusta legge, è anc

possibile ricavare dalla legge, per la stessa via, la giusta sentenza. Tra questi due casi esiste certamente una differenza, che però è solo quantitativa e non qualitativa, ed è che il vincolo del legislatore sotto il profilo sostanziale è assai più limitato di quello del giudice e che il primo è, nella sua attività di creazione del diritto, relativamente molto più libero del secondo. Anche il giudice però crea il diritto ed anch'egli in questa sua funzione è relativamente libero. E proprio perciò la produzione della norma individuale nel processo di esecuzione della legge, in quanto va a riempire il campo della norma generale, è una funzione volitiva. I *commentari scientifici* che facilitano l'attività di esecuzione della legge si muovono sul piano della politica del diritto, sono proposte da vagliare in rapporto ai fini della legge, tentativi d'influenzare la funzione creativa dei tribunali e delle autorità amministrative.

Nei limiti in cui, nell'applicazione della legge, al di là dell'accertamento del campo entro il quale l'atto da emanare si deve mantenere, può restare ancora spazio per un'attività conoscitiva, non si tratterà della conoscenza del diritto positivo, ma di altre norme che possono intervenire nel processo di produzione del diritto, norme della morale, della giustizia, giudizi sociali di valore, di solito indicati con slogans come bene pubblico, interesse pubblico, progresso etc. Dal punto di vista del diritto positivo, nulla si può dire sulla loro validità e constatabilità. Sotto questo profilo, tutte le determinazioni di tal genere possono essere caratterizzate solo negativamente: sono determinazioni che non procedono dal diritto positivo. Rispetto a quest'ultimo, la posizione dell'atto giuridico è libera, sta cioè nel potere esclusivo dell'organo chiamato a porre l'atto; a meno che lo stesso diritto positivo non deleghi una qualche norma metagiuridica, della morale, della giustizia etc. In tal caso, però, queste ultime verrebbero trasformate in norme di diritto positivo.

8. L'idea che l'interpretazione sia conoscenza del diritto positivo e quindi un procedimento per ricavare nuove norme

da quelle già in vigore è alla base della c.d. giurisprud za dei concetti, che anche la dottrina pura del diritto respin Quest'ultima ha scalzato l'opinione che per via conoscitiva possano creare nuove norme, un'opinone che scaturisce, non ultimo, dall'esigenza d'immaginare il diritto come un ordi mento immutabile che determina sotto ogni profilo il comp tamento umano e, in particolare, l'attività degli organi applicano il diritto, soprattutto dei tribunali; la cui funzio e quindi anche l'interpretazione, si risolverebbe nel trova norme già esistenti e pertanto in un particolare procedime per scoprirle. È l'illusione della certezza del diritto, che teoria giuridica tradizionale — consciamente o inconsciam te — si sforza di mantenere.

9. Una funzione particolare si riconosce all'interpretazio nel colmare le lacune della legge. Senonché, non esistono ve lacune, nel senso che una lite non potrebbe essere decisa secon le norme in vigore, perché — si dice — la legge, in mancan di una disposizione che contempli il caso, non può esse applicata. Ogni lite consiste nel fatto che una delle pa avanza una pretesa nei confronti dell'altra; e la decisione accoglimento o di rigetto dipende dal fatto che la leg vale a dire una norma in vigore da applicare al caso concre stabilisca o no l'obbligo giuridico affermato. Poiché non esi una terza possibilità, una decisione è sempre possibile e se pre in base alla legge, cioè in applicazione di essa. Anche nel decisione che rigetta la pretesa viene applicato l'ordinamen giuridico in vigore, il quale, obbligando gli individui ad u determinato comportamento, al di là di quest'obbligo giu dico garantisce la libertà. Nei confronti di colui che preten da un altro un comportamento non previsto dall'ordinamen quest'ultimo ha un diritto riconosciuto dallo stesso ordin mento a non comportarsi nel modo preteso, *diritto* nel sen di libertà giuridicamente garantita. L'ordinamento non s bilisce soltanto l'obbligo di un determinato comportamen (in quanto l'omissione di questo comportamento viene e

vata a condizione della sanzione) ma stabilisce pure che ciò che non si è obbligati a fare, può essere liberamente fatto o non fatto. È questa la norma negativa che viene applicata mediante la decisione che rigetta la pretesa di un comportamento non obbligatorio.

Se in taluni casi si parla tuttavia di *lacune,* ciò non significa, come l'espressione sembrerebbe indicare, che una decisione, in mancanza di una norma, venga considerata logicamente impossibile ma che la decisione — logicamente possibile — di accoglimento o di rigetto dell'organo chiamato a decidere, cioè ad applicare la legge, viene considerata troppo inopportuna o troppo ingiusta, tanto da far ritenere che il legislatore non abbia pensato al caso specifico e che se ci avesse pensato, avrebbe deciso in modo diverso da come si è dovuto decidere in base alla legge. Questo assunto può essere esatto oppure no — la sua esattezza di solito non può essere provata; considerato, poi, il dovere costituzionalmente sancito di applicare la legge, esso è irrilevante. Anche quella che — a giudizio di chi l'applica — è una legge cattiva, dev'essere applicata, prescindendo dal fatto che ciò che è cattivo per uno può essere buono per un altro. La c.d. *lacuna,* quindi, non è altro che la differenza tra il diritto positivo e un altro ordinamento ritenuto migliore, più giusto, più equo. Solo avvicinando a quest'ultimo l'ordinamento positivo e notando questa mancanza si può parlare di lacuna. Che una tale lacuna non possa essere eliminata per via interpretativa si comprende da sé, tosto che si riconosca la natura della lacuna. Qui l'interpretazione non serve per applicare la norma da interpretare ma, al contrario, per escluderla e sostituirla con la norma migliore, più giusta, più equa, in breve con la norma desiderata da chi applica il diritto. Sotto l'apparenza di un completamento, la norma originaria, in sede applicativa, viene eliminata e sostituita con una nuova. È questa una finzione cui si ricorre in particolare quando, per un motivo qualunque, è difficile o impossibile la modifica legale delle norme generali, perché, per esempio, si tratta di consuetudini che non possono

essere modificate con un procedimento razionale o perché le norme in vigore sono considerate di origine sacra o divina, perché, per vari motivi, è difficile o impossibile mettere in moto l'apparato legislativo.

10. Accanto alle lacune vere e proprie, vengono talora individuate lacune tecniche, possibili anche per chi nega l'esistenza di vere lacune dal punto di vista positivo, e ritenute eliminabili per via d'interpretazione. Sussistono tali lacune allorché il legislatore omette di disciplinare punti che avrebbe invece dovuto disciplinare, tenuto conto delle possibilità tecniche di applicazione della legge. Senonché, ciò che viene indicato come lacuna tecnica è o una lacuna nel senso originario del termine, cioè una discrepanza tra il diritto positivo e il diritto desiderato, oppure la indeterminatezza che deriva dal carattere di massima della norma. Siamo nel primo caso, per esempio, quando la legge disciplina il carattere obbligatorio della vendita ma — secondo l'espressione in uso — non stabilisce chi sopporta il rischio del perimento della cosa prima della consegna e senza colpa delle parti. Ora, non è che il legislatore *non* lo stabilisca; egli non stabilisce che il venditore venga liberato dall'obbligo di consegnare la merce o di prestare l'equivalente: norma ritenuta chiaramente desiderabile da chi vede qui una *lacuna*. Poiché la legge non pone eccezioni all'obbligo del venditore di consegnare la merce neppure nel caso accennato, essa stabilisce che il rischio è a carico del venditore.

Siamo, invece, nel secondo caso quando la legge stabilisce per esempio, che un organo debba essere creato per via di elezione, ma non regola il procedimento elettorale. Ciò significa che è legittimo qualunque sistema elettorale: proporzionale o maggioritario, con voto palese o segreto, etc. L'organo che deve provvedere alle elezioni è libero nello stabilire il procedimento elettorale; la determinazione di questo procedimento è lasciata ad una norma di grado più basso. Un altro esempio: una legge stabilisce che un collegio, per poter funzionare, dev'essere convocato dal suo presidente, disponendo con

temporaneamente che deve eleggere esso stesso il presidente, senza tuttavia disciplinare le adunanze del collegio nel caso che non esista un presidente. Se questa norma non viene intesa nel senso che, quando non esiste un presidente, è legittimo qualunque modo di adunarsi ma nel senso, invece, che anche in questo caso il collegio dev'essere convocato dal suo presidente, il collegio non può funzionare in modo legittimo. Ma neppure in questo caso c'è una *lacuna*. La legge infatti vuole proprio che il collegio sia convocato dal suo presidente anche quando non lo ha. Se non avesse stabilito nulla per questo caso, qualunque modo di adunarsi sarebbe legittimo. La legge stabilisce qui proprio qualcosa di assurdo: e ciò non si può escludere, essendo le leggi un prodotto umano. Una norma può anche avere un contenuto assurdo, e allora nessuna interpretazione sarà in grado di ricavarne un senso. L'interpretazione non può tirar fuori da essa ciò che essa già non contiene.

11. Sebbene quindi le lacune legislative non abbiano esistenza teorica, il legislatore però — indotto da una teoria errata — può presupporre l'esistenza di *lacune*. In tal caso però queste *lacune* sono qualcosa di diverso da ciò che lo stesso legislatore ritiene che siano. Egli può dettare disposizioni — e in effetti non di rado lo fa — per il caso che nessuna soluzione si possa ricavare dalla legge, come si può vedere nel par. 6 del codice civile austriaco e nel par. 1 del codice civile svizzero. Se nel caso di lacune la legge — come fa il citato par. 1 del codice civile svizzero — stabilisce che il giudice decida come se fosse il legislatore, ciò significa che il giudice è autorizzato a decidere secondo il proprio libero apprezzamento nei casi in cui ritenga la legge inapplicabile. Il buon legislatore non è in condizione di poter rinunciare ad una rettifica della legge richiesta dalle circostanze. Egli infatti deve *a priori* fare i conti con fattispecie che non ha previsto e non può prevedere; le sue norme generali non possono che fondarsi sulla media dei casi. E proprio per questo non può determinare egli stesso i casi nei quali intende far subentrare

al suo posto chi applica il diritto; se lo potesse, non avre bisogno di farsi sostituire. Non gli resta altro che lasciare decisione a chi applica il diritto: con il pericolo inevita che quest'ultimo decida nella veste di legislatore delegato an casi nei quali il legislatore originario vorrebbe che si ap casse la sua legge; donde, naturalmente, il pericolo ulteri che venga posto in discussione il principio della legittimità d l'esecuzione e quindi la validità delle norme generali e nate per essere applicate dai tribunali e dalle autorità am nistrative, e che nella produzione del diritto l'accento sposti dalla legislazione generale all'applicazione individua Allo scopo di limitare al massimo questo pericolo, l'autoriz zione ad accantonare la legge viene formulata in modo t che chi applica il diritto non abbia coscienza del potere stra dinario che in relatà gli viene conferito. Egli deve riten che gli sia consentito non applicare la legge solo in quei c nei quali non può essere applicata, in quanto non offre e stessa alcuna possibilità di applicazione. Deve ritenere di sere libero solo quando gli è consentito di agire come legislato ma di non poter stabilire quando debba sostituirsi al legis tore. Il fatto che in realtà egli è libero anche sotto questo pr filo è mascherato dalla finzione della *lacuna*. E questa fo mula, consciamente o inconsciamente errata, ha l'effetto — pr visto dal legislatore — che solo in casi estremamente rari l'op ratore giuridico fa uso della libertà di non applicare la leg al caso concreto, giacché solo nel caso in cui la divergen tra la legge e la propria coscienza giuridica è massima eg vede una effettiva *lacuna*, cioè un caso che lo stesso legislator non ha voluto disciplinare e che quindi la legge non ha disci plinato; sicché mancano le premesse logiche per conclude dal generale al particolare, nel che si risolve ogni atto di ap plicazione della legge. La cosiddetta *lacuna della legge* è un formula tipicamente ideologica. L'applicazione della legge caso concreto — che è solo una inadeguatezza di politica d diritto, liberamente valutabile da chi applica il diritto viene presentata come una impossibilità logico-giuridica.

VII

IL PROBLEMA DEL PARLAMENTARISMO (*)

(*) Esigenze di omogeneità sistematica e stilistica hanno consigliato una nuova traduzione del presente saggio, già apparso in italiano a cura di B. Flury (*Nuovi studi di diritto, economia e politica,* II (1929), 182-204) in un testo, ormai irrimediabilmente invecchiato.

1. La lotta sostenuta contro l'autocrazia tra la fine del secolo XVIII e l'inizio del XIX fu, in definitiva, una lotta per il *parlamentarismo*. Ad una costituzione che conferiva alla rappresentanza popolare un ruolo dominante nella formazione della volontà dello stato, ponendo fine alla dittatura del monarca assoluto o ai privilegi di un ordinamento giuridico fondato sul ceto, vennero così affidate le speranze di ogni immaginabile progresso politico, di un ordinamento sociale giusto, di un'era nuova e migliore. Sebbene però il parlamentarismo, come forma di governo dei secoli XIX e XX, possa certamente ascrivere a proprio merito realizzazioni di tutto rispetto — come la completa emancipazione della borghesia di fronte ai privilegi della nobiltà e, più tardi, l'equiparazione politica del proletariato e quindi l'inizio dell'emancipazione morale ed economica di questa classe di fronte al ceto possidente —, il giudizio che oggi ne danno la storiografia e l'ideologia politica non è tuttavia positivo. Sia i partiti dell'estrema destra sia quelli dell'estrema sinistra rifiutano il principio parlamentare in modo sempre più reciso; e sempre più alta si leva la richiesta della *dittatura* o di un *ordinamento corporativo*. E anche nei partiti di centro non si può non notare un certo raffreddamento verso l'antico ideale. Non possiamo quindi nasconderci di essere oggi un po' stanchi dell'istituto parlamentare, anche se forse non si può ancora parlare — come fanno molti autori — di *crisi*, di *bancarotta* (1) o addirittura di *agonia* (2) del parlamentarismo.

---

(1) ZENKER, *Der Parlamentarismus, sein Wesen und seine Entwicklung*, 1914, 189; BUNZEL, *Der Zusammenbruch des Parlamentarismus und der Gedanke des ständischen Aufbaues*, (*Zeitfragen aus dem Gebiete der Soziologie*), 1923.

(2) LOEWENSTEIN, *Das Problem des Föderalismus in Grossbritan-*

Dubbi sulla bontà del principio parlamentare sono s avanzati, è vero, intorno alla metà e sul finire del secolo sc so [3]. È naturale però che, con una monarchia costituzion al potere, queste tendenze ostili al parlamento non potess assumere una grande importanza e che, di fronte alla cresc lenta ma inarrestabile del movimento democratico, che trova nel parlamento il suo principale sostegno, dovessero rest senza effetto. Un significato del tutto diverso ha invece il fa che, come oggi accade, il parlamentarismo venga posto in d scussione proprio quando domina incontrastato il princip parlamentare. Il problema del parlamentarismo è, nella v pubblica democratico-parlamentare, un problema vitale, gia ché dal fatto che il parlamento sia o no uno strumento adat a risolvere i problemi sociali del nostro tempo, dipende l stessa esistenza della moderna *democrazia*. È vero infatti ch democrazia e parlamentarismo non sono la medesima cosa che è concepibile una democrazia senza parlamento, la co siddetta democrazia diretta; ma nello stato moderno quest genere di democrazia, e cioè la formazione della volontà st tale nell'assemblea del popolo, non è praticabile. Non si pu allora seriamente dubitare che il parlamentarismo sia l'unic possibile forma *reale* in cui l'idea di democrazia possa esser attuata nell'odierno contesto sociale. Alla sorte del parlamen tarismo è quindi legata la sorte della stessa democrazia.

2. Alle origini di quella che viene chiamata la crisi del parlamentarismo c'è, non ultima, una critica che fraintende l'*essenza* di questa forma politica ed erra quindi anche nel giu dicarne il *valore*. Qual è dunque l'essenza del *parlamentarismo*? Quale la sua essenza obiettiva, da non confondere con l'inter-

---

nien, in *Annalen des Deutschen Reichs*, 1921/22, 94; Id., *Volk und Parlament nach der Staatstheorie der französischen Nationalversamm lung von 1789*, 1922, 373 ss.

(3) Cfr. Rittinghausen, *Die direkte Gesetzgebung durch da Volk*, 5ª ed., 1893.

pretazione soggettiva che, per motivi consci o inconsci, cercano di darne quanti partecipano o sono interessati a tale situazione? Il parlamentarismo è la *formazione della volontà normativa dello stato da parte di un organo collegiale eletto dal popolo in base al suffragio universale ed uguale, e quindi democraticamente, secondo il principio maggioritario.*

Se cerchiamo di renderci conto delle idee che stanno alla base di questo metodo di produzione dell'ordinamento sociale, ci accorgiamo che l'idea qui dominante è l'idea della libertà, dell'autodeterminazione democratica. La lotta per il parlamentarismo fu una lotta per la libertà politica: e ciò viene oggi facilmente dimenticato da quanti muovono all'istituto critiche spesso ingiuste. Conseguita ormai una libertà che — divenuta un fatto naturale e quindi non più apprezzato — è però garantita solo dal sistema parlamentare, si ritiene di poter fare a meno di essa come misura di valutazione politica. L'idea di libertà, tuttavia, è e sarà sempre la nota dominante di ogni speculazione politica, sebbene — o proprio perché — racchiuda nella sua essenza più profonda la negazione di tutto ciò che è sociale e quindi politico e costituisca per così dire il contrappunto di ogni teoria della società e di ogni prassi statale.

Ed è proprio questo il motivo per il quale la libertà non può entrare nella sfera dei fenomeni sociali o politico-statali così com'è, allo stato puro, ma deve amalgamarsi con taluni elementi ad essa estranei ([4]). Sicché, anche nel principio del parlamentarismo l'idea di libertà manifesta un *duplice* collegamento che ne comprime la forza originaria. Col *principio maggioritario*, allo scopo di rendere possibile un ordinamento sociale, essa rinuncia alla pretesa — l'unica che le si adegui perfettamente — della unanimità nella produzione della volontà collettiva. L'analisi del parlamentarismo offre però un secondo

---

([4]) Cfr. il mio scritto: *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, in *Archiv f. Sozialpolitik*, XLVII, 4 ss. (*Essenza e valore della democrazia*, in *La democrazia*, 4ª ed., con introduzione di G. Gavazzi, Bologna, 1981, 36 ss.).

elemento, ed è il *carattere indiretto di questa volontà*, il fa che la volontà statale non è prodotta direttamente dal popo ma da un parlamento, sia pure creato dal popolo. Qui l'id di libertà, in quanto idea di autodeterminazione, si colle con l'esigenza irrinunciabile della *divisione del lavoro*, de differenziazione sociale; e dunque con una tendenza che co trasta con il fondamentale carattere assoluto dell'originaria id democratica di libertà. Qualora, infatti, si tenesse conto di qu sto solo carattere, la volontà statale, nelle sue molteplici man festazioni, dovrebbe emanare direttamente dall'assemblea tutti i cittadini che hano diritto al voto, e da questa soltant Ogni differenziazione dell'organismo statale legata ad esigen di divisione del lavoro e così pure il trasferimento di una qua siasi funzione statale ad un organo diverso dal popolo com portano necessariamente una limitazione della libertà.

Il parlamentarismo quindi — per trattare per ora il second dei due elementi — costituisce un compromesso tra l'esigenz democratica di libertà e il principio della divisione del lavor che condiziona ogni progresso tecnico-sociale. Non è mancat è vero, il tentativo di mascherare la riduzione non lieve ch l'idea democratica subisce per il fatto che la volontà statal è formata non dal popolo ma da un organo, il parlamento assai diverso, anche se eletto dal popolo. Da un lato, in effett considerata la complessità dei rapporti sociali, non era possibil accettare la primitiva forma di democrazia diretta, dal moment che non si poteva rinunciare ai vantaggi della divisione de lavoro. Quanto più si allarga la comunità statale, tanto men il *popolo* come tale appare in grado di svolgere esso stesso quel l'autentica attività creativa che è la formazione della volont statale, tanto più è costretto, per concreti motivi di tecnica so ciale, a limitarsi alla creazione e al controllo dello specific apparato preposto alla formazione della volontà dello stato Dall'altro lato, però, si voleva destare l'impressione che anch il parlamentarismo realizzasse in pieno l'idea della libertà de mocratica e nient'altro che questa. Tale è lo scopo della fi zione della *rappresentanza*, dell'idea cioè che il parlamento

solo rappresentante del popolo, che il popolo può esprimere la propria volontà solo nel parlamento e attraverso di esso, sebbene il principio parlamentare, in tutte le costituzioni, sia sempre accompagnato dalla disposizione che i deputati non possono ricevere dai propri elettori *alcun mandato imperativo* e che dunque il parlamento è, nello svolgimento della propria funzione, *giuridicamente indipendente* dal popolo (5). Anzi, solo con questa dichiarazione d'indipendenza dal popolo nasce il moderno parlamento, si distingue cioè nettamente dall'antica assemblea degli stati, i cui membri, com'è noto, erano vincolati dal mandato imperativo dei loro gruppi elettorali, verso i quali rispondevano.

La finzione rappresentativa serve a legittimare il parlamentarismo dal punto di vista della *sovranità popolare*. Essa ha svolto anche un utile compito mantenendo su una ragionevole linea di mezzo il movimento politico dei secoli XIX e XX, soggetto alla potente pressione del pensiero democratico, e impedendo di fatto un'eccessiva tensione dell'idea democratica che, in quanto necessariamente legata ad una innaturale primitivizzazione della tecnica politica, non sarebbe stata senza pericoli per il progresso sociale.

Il carattere fittizio dell'idea di rappresentanza non ha polarizzato naturalmente la coscienza politica finché la democrazia lottava ancora contro l'autocrazia e il parlamentarismo non si era ancora totalmente affermato contro le pretese del monarca e degli « stati ». Sotto la monarchia costituzionale e fino a quando il parlamento eletto dal popolo appariva il massimo di ciò che si potesse politicamente strappare al monarca già assoluto, non aveva senso criticare questa forma di governo chiedendosi se, in effetti, il parlamento rappresentasse integralmente la volontà del popolo. Appena tuttavia il principio parlamentare — specie nella repubblica — si affermò completa-

---

(5) Cfr. la mia *Allgemeine Staatslehre*, 1925, 310 ss. (ora *Teoria generale del diritto e dello stato*, trad. di S. Cotta e G. Treves, Milano, 1963, 293 ss.).

mente, appena alla monarchia costituzionale subentrò il dom nio del parlamento in nome del principio della sovranità p polare, non poté più sottrarsi alla critica la crassa finzione co tenuta nella teoria — già formulata nell'assemblea nazion francese del 1789 — che il parlamento, per sua natura, alt non sia che un rappresentante del popolo, la cui volontà esprime solo attraverso gli atti di esso. Non c'è quindi d meravigliarsi se, fra gli argomenti oggi accampati contro parlamentarismo, occupa il primo posto la scoperta che la vo lontà statale formata dal parlamento non è affatto volontà d popolo e che il parlamento non può esprimere la volontà d popolo per il semplice fatto che, secondo le costituzioni deg stati a regime parlamentare, una volontà del popolo — a par l'elezione del parlamento — non ha alcuna possibilità di fo marsi.

Quest'argomento è esatto, ma può essere addotto contro parlamentarismo solo da chi cerchi di legittimare quest'ultim mediante il principio di sovranità, da chi creda di poter definire l'essenza in base alla sola idea di libertà. Per costo il parlamentarismo ha certamente promesso qualcosa che p non ha mantenuto e non potrà mai mantenere. Eppure, l'e senza del parlamentarismo, com'è stato mostrato all'inizio può essere definita anche senza l'aiuto della finzione rappr sentativa e il suo valore giustificato come mezzo specifico d tecnica sociale per la produzione dell'ordinamento statale. S l'istituto parlamentare viene concepito come il compromes necessario tra l'idea assoluta di libertà politica e il principi della divisione del lavoro, si vedrà pure chiaramente in qual direzione si debba muovere un'eventuale *riforma del parl mentarismo* (6).

---

(6) Cfr. al riguardo ZENKER, *op. cit.*, 181 ss. Condivido molte del proposte formulate da Zenker per la riforma dell'istituto parlamenta Devo tuttavia respingere nel modo più reciso la sua idea di limitare modo sostanziale la funzione legislativa del parlamento. Mi semb che muova da presupposti non chiari. Chi dovrebbe produrre le nor

3. Anche se, per motivi di tecnica sociale, non è possibile che l'ordinamento statale venga creato, in ogni suo grado, direttamente dal popolo, è però senz'altro possibile che il popolo partecipi alla funzione legislativa in misura maggiore di quanto avviene nel sistema parlamentare, dov'esso si limita a partecipare all'elezione del parlamento. Non si può negare che la soluzione di molte questioni sarebbe diversa se non fosse lasciata al solo parlamento e venisse interpellato anche il corpo elettorale.

Lasciamo qui da parte la questione se un tale appello al popolo comporti anche un *perfezionamento* nella formazione della volontà statale. Osserviamo soltanto, in relazione all'argomento della *estraneità del popolo*, messo avanti contro il parlamentarismo, che l'istituto del *referendum* è suscettibile e abbisognevole di ulteriore sviluppo anche quando si voglia tener fermo il principio parlamentare. Tornerebbe senz'altro a vantaggio dello stesso principio parlamentare se i politici di professione, che oggi sono proprio i membri del parlamento, abbandonassero la loro pur comprensibile avversione per il referendum popolare e ammettessero non solo — com'è previsto da alcune moderne costituzioni — il referendum *costituzionale* ma anche il referendum *legislativo*, se non obbligatorio, quanto

---

giuridiche in quei settori che il parlamento dovrebbe abbandonare, nei settori cioè delle questioni nazionali, della lotta economica e della lotta di classe? (*op. cit.*, 160 ss.). Se, come Zenker auspica, al posto del parlamentarismo deve subentrare l'*autonomia economica* e *nazionale*, questo significa solo che il parlamento centrale dev'essere sostituito da *parlamenti speciali*, cioè da corporazioni organizzate su base personale o territoriale: donde, nuovamente, il principio parlamentare come metodo di produzione del diritto. L'opinione — legata alle concezioni liberali — che i problemi si risolvano, per così dire, da soli in modo soddisfacente purché si lasci libero gioco alle forze sociali, senza turbare con interventi legislativi l'armonia qui garantita, una simile opinione, che sembra riflettersi anche nella proposta di Zenker di limitare il potere legislativo del parlamento, non può oggi essere presa in seria considerazione.

meno facoltativo. E a questo proposito l'esperienza consig di far votare il popolo non sulla *legge* già pubblicata e in vig ma sulla *deliberazione* parlamentare. Hanno dato finora buo prova, come condizioni per la pronuncia del popolo, l'esisten di un conflitto tra le due camere, la proposta del capo de stato o di una minoranza qualificata del parlamento.

Tenuto conto dell'esigenza sempre maggiore che il pop influisca nel modo più diretto possibile sulla formazione del volontà statale, nel caso che il voto popolare contrasti con deliberazione del parlamento, quest'ultimo dovrebbe esse sciolto. In questo modo, in seguito alle nuove elezioni si fo merebbe un parlamento, del quale non si potrebbe ancora di che esprime l'autentica volontà popolare ma si potrebbe qua to meno dire che non contrasta con tale volontà.

Fra gl'istituti che, pur lasciando fermo il principio parl mentare, consentono una certa ingerenza del popolo nel formazione della volontà statale, c'è anche la cosiddetta *inizi tiva popolare*: un certo numero minimo di cittadini che hann diritto al voto può presentare un progetto di legge, che il pa lamento è obbligato a trattare secondo le norme del propri regolamento. Pure a questo istituto bisognerebbe riservare un spazio maggiore di quanto facciano le più antiche ed anche più recenti costituzioni. Sul piano tecnico, l'iniziativa popola potrebbe essere facilitata al massimo consentendo la present zione non solo di progetti di legge già elaborati ma anche d semplici schemi generali. Dal momento che gli elettori no possono impartire ai propri fiduciari in parlamento *istruzion* vincolanti, dovrebbe esserci quanto meno la possibilità ch il popolo esprima *suggerimenti* ai quali il parlamento poss uniformare la propria attività legislativa.

4. Al *mandato imperativo* nella sua forma antica non può certo ritornare; è tuttavia possibile, fino ad un certo punt incanalare le tendenze innegabili che oggi vi sono in ques senso in forme conciliabili con la struttura del sistema politi moderno.

L'introduzione del sistema proporzionale ha già comportato la necessità di una organizzazione dei partiti più rigida di quella richiesta dal sistema della maggioranza semplice, sicché oggi non è più possibile respingere l'idea di un *controllo permanente sui deputati* da parte di *gruppi di elettori organizzati in partito politico*. La possibilità tecnico-giuridica di esercitare un tale controllo esiste senz'altro e un contatto permanente tra deputati ed elettori che fosse garantito dalla legge potrebbe riconciliare larghe masse con il principio parlamentare. La *irresponsabilità dei deputati* nei confronti dei propri elettori — senza dubbio una delle cause principali dell'odierna avversione nei confronti dell'istituto parlamentare — non è affatto, come ha ritenuto la dottrina del diritto pubblico del sec. XIX, un elemento coessenziale al sistema parlamentare e nelle costituzioni oggi in vigore troviamo già, a questo proposito, approcci interessanti e suscettibili di ulteriore sviluppo.

Anzitutto però bisognerebbe abolire o almeno limitare quella forma di irresponsabilità del deputato chiamata *immunità*, che si esplica non già nei confronti degli elettori ma nei confronti delle autorità statali e in particolare dei tribunali e che ha costituito una componente intoccabile del sistema parlamentare. Che un deputato non possa essere penalmente perseguito dai tribunali e, in particolare, messo in prigione se non con il consenso del parlamento, è un privilegio sorto al tempo della monarchia degli « stati », quando più violento era il contrasto tra parlamento e governo del re. Senonché, esso poteva ancora trovare una giustificazione nella monarchia costituzionale, dove perdurava, sia pure con significato diverso, il contrasto tra parlamento e governo e c'era ancora il pericolo — per quanto essenzialmente ridotto dall'indipendenza riconosciuta ai tribunali — che i deputati venissero sottratti alla loro funzione parlamentare da un governo che abusasse dei propri poteri. Ma in una repubblica parlamentare, dove il governo è solo un comitato esecutivo del parlamento, soggetto al più rigido controllo dell'opposizione ed anzi di tutta l'opinione pubblica, dove l'indipendenza dei tribunali non è certo meno ga-

rantita che nella monarchia costituzionale, non ha senso v difendere il parlamento da un governo che emana da esso. T to più se si riflette che il privilegio dell'immunità non è, in p tica, cosa diversa da una ingiustificata diminuzione della tu giuridica dell'onore, che sia stato leso da un deputato. Nè può oggi pensare di punire atti penali compiuti dai depu durante un discorso parlamentare, unicamente con mezzi sciplinari destinati al mantenimento dell'ordine interno d camere, come il richiamo all'ordine o ai fatti, ecc., nella p sunzione che rientrino nell'esercizio delle funzioni parlam tari.

Se, nel corso della sua lunga esistenza, il parlamentari non solo non si è procurato le simpatie di larghe masse po lari ma ancor meno quella dei ceti intellettuali, causa n ultima ne sono stati gli abusi ai quali conduce il privilegio tutto anacronistico dell'immunità.

Per ciò che riguarda l'irresponsabilità dei deputati nei c fronti dei loro *elettori*, costituisce già una deroga a que principio il fatto che molte recenti costituzioni stabiliscano il deputato non è vincolato alle istruzioni dei propri elettori decade tuttavia dal mandato qualora si dimetta dal partito p il quale o dal quale è stato eletto, o ne venga espulso. U tale disposizione appare una conseguenza naturale quando elezioni sono fatte col sistema della *lista chiusa*. Se inf l'elettore — come in questo caso — non può più esercitare cuna influenza sulla scelta dei deputati da eleggere, se il voto si riduce piuttosto ad una dichiarazione di appartenen ad un determinato partito, e se quindi — dal punto di vi dell'elettore — il candidato riceve il mandato solo in base a sua appartenenza al partito dell'elettore, è del tutto logico c il deputato debba decadere dall'ufficio qualora cessi di app tenere al partito che lo ha inviato al parlamento. Tutto presuppone naturalmente un'organizzazione degli elettori partiti solida e relativamente stabile. Se un partito si for solo in vista di una singola elezione per sciogliersi subito do diventa impossibile una disposizione che condizioni la co

nuità del mandato alla permanenza del deputato nel partito per il quale o dal quale è stato eletto. E poiché, in singoli casi, può essere dubbio se taluno appartenga ancora ad un determinato partito — come va considerato, per esempio, il deputato che occasionalmente abbia votato contro la linea del suo partito? —, la perdita del mandato andrebbe preferibilmente configurata solo come conseguenza di espresse dimissioni o della espulsione dal partito.

Una certa difficoltà presenta a questo riguardo stabilire non tanto chi debba pronunciarsi sull'esistenza di questa condizione e quindi sulla decadenza dal mandato — la cosa migliore sarebbe senz'altro che decidesse un tribunale indipendente e obiettivo — quanto piuttosto chi sia autorizzato a proporre l'inizio del procedimento che porta alla decadenza dal mandato. Se quest'atto viene affidato allo stesso parlamento, si corre il pericolo che se l'uscita dal partito cui è legata la decadenza dal mandato è avvenuta nell'interesse della maggioranza o provoca la formazione di una nuova maggioranza, non si dia inizio al procedimento. Il potere d'iniziativa dovrebbe allora spettare al partito i cui interessi sono stati pregiudicati.

La costituzione sovietica russa si spinge molto più in là. Secondo le sue disposizioni, i membri dei vari soviet possono essere revocati dai loro elettori in qualunque momento, ed è proprio questa possibilità che ha attirato su tale costituzione le simpatie delle classi lavoratrici straniere. Se ci si risolvesse ad organizzare i partiti politici su base legislativa e, in coerente applicazione del concetto di proporzionale, a lasciare ai partiti così organizzati la scelta dei deputati ad essi spettanti in ragione della loro forza numerica, nulla impedirebbe di riconoscere al partito divenuto parte integrante della costituzione anche il *potere di revocare i deputati*. Ci si potrebbe, anzi, accostare all'idea di non costringere i partiti a mandare in parlamento un certo numero, proporzionale alla rispettiva forza, di deputati *individualmente* determinati, che — sempre gli stessi — partecipino alla decisione di ogni più disparata questione, ma di lasciare ad essi la possibilità di delegare, a

seconda delle esigenze connesse con la discussione e la delibe-
zione delle varie leggi, degli *esperti* scelti nel proprio sen-
i quali partecipino di volta in volta alla decisione col numer-
di voti spettanti al partito secondo la proporzionale (7).

5. Una riforma in questo senso farebbe cadere l'obiezion-
che, dopo quella relativa all'estraneità del popolo, viene og-
mossa più di frequente contro il parlamentarismo. Si rimpr-
vera, infatti, ai moderni parlamenti che, a causa della lor-
composizione, non hanno le *conoscenze tecniche* necessarie p-
fare delle buone leggi nei vari settori della vita sociale (8).
Mentre con la prima affermazione — che cioè la volontà d-
parlamento si spacci ingiustamente per volontà del popolo —
s'invoca l'idea di libertà che il parlamentarismo non realizze-
rebbe o non realizzerebbe a sufficienza, l'argomento del difett-
di qualità tecniche nel parlamento si muove in direzione op-
posta: in quella cioè, della divisione del lavoro.

Così, svolgendo il principio della divisione del lavoro, al-
corpo legislativo centrale e generale che, eletto secondo prin-
cipi democratici, non sarebbe tecnicamente qualificato per ne-
suna particolare attività, si vorrebbero sostituire, per i var-
settori legislativi, *parlamenti tecnici*, da coordinare eventual-
mente con le varie branche dell'amministrazione; essi, del resto
esisterebbero già in embrione nelle varie *commissioni tecniche*
degli attuali parlamenti. Anzi, tali commissioni, nelle quali si
compie il vero lavoro deliberativo, avrebbero già ridotto il
plenum ad un apparato di votazione puramente formale (9).

---

(7) Cfr. l'originale saggio di DELANNOY, *Von der gebundenen Liste zur reinen Parteiwahl*, in *Der österr. Volkswirt.* XVII, n. 34, 930 ss. e la discussione che ne è seguita nei nn. 36 e 38. Sul diritto degli elettori nei confronti dei deputati, cfr. ZENKER, *op. cit.*, 99 ss.

(8) Cfr. BUCHER, *Der Parlamentarismus wie er ist*, 2ª ed., 1881, 157 e KOIGEN, *Die kultur der Demokratie*, 1912, 149 ss.

(9) Queste commissioni tecniche potrebbero aumentare ancor più la loro importanza nei confronti del *plenum*, utilizzando più spesso

Il fatto che questi parlamenti tecnici — che non possono, comunque, rendere superfluo un parlamento politico generale, come organo di sintesi — non sarebbero creati dalla comunità mediante elezioni generali ma da gruppi di elettori organizzati professionalmente, cioè in *forme corporative*, esprime un'istanza che non significa affatto abolizione ma solo *riforma della democrazia e in particolare del parlamentarismo*, nel senso di un'organizzazione corporativa della formazione della volontà statale. In particolare, cerca oggi di realizzarsi l'idea di un *parlamento economico*: per il momento, però, *accanto* al parlamento generale, come organo tecnico-consultivo, eventualmente fornito del potere di veto sospensivo, nella cui composizione dovrebbero trovare appianamento i molteplici contrasti d'interessi esistenti nel campo della produzione, come per esempio quelli tra industria e agricoltura, fabbricazione e commercio, ma anche tra produttori e consumatori, datori di lavoro e lavoratori.

L'idea di affidare la formazione della volontà statale ad un parlamento generale, creato secondo principi *democratici* e, insieme, ad un corpo rappresentativo organizzato invece secondo principi corporativi, assegnando *parità di poteri* alle due camere, è problematica sotto vari profili. Poiché nella maggior parte delle questioni non è possibile separare l'aspetto *politico* da quello *tecnico*, in quanto la maggior parte delle questioni economiche ha rilievo politico e viceversa, in tutte le materie più importanti sarebbe necessaria la concorde deliberazione di entrambe le camere. Non si vede allora quale senso possa avere un organo legislativo composto da due organi parziali, ciascuno dei quali sia formato secondo principi completamente diversi. Un accordo tra due camere costituite in questo modo non potrà che essere più o meno casuale.

---

la facoltà, ad esse normalmente riconosciuta dal regolamento interno, di far partecipare alle loro discussioni *speciali esperti*.

6. Ciò nonpertanto, ci si spinge assai più in là e i c servatori chiedono la *sostituzione* del parlamento democrat con una *organizzazione corporativa*. Al posto dell'accorp mento *meccanico* del popolo dovrebbe subentrare un acc pamento *organico* e nella formazione della volontà statale n dovrebbe essere decisivo il fatto, puramente accidentale, di u maggioranza esteriore ma ciascun gruppo popolare — cor rativamente organizzato — dovrebbe avere in essa la parte gli compete, vale a dire la parte corrispondente al peso esso ha nella costruzione della comunità ([10]).

Ora, se esaminiamo bene l'*organizzazione corporativa*, molti desiderano sostituire al parlamentarismo, che sarebb ormai superato, ci accorgiamo che proprio la realizzazione quest'idea incontra difficoltà straordinarie, anzi in parte in perabili. Non si può in primo luogo non riconoscere che l' corpamento del popolo per *categorie professionali*, che muo in definitiva da una comunanza d'*interessi*, non esaurisce fatto il campo degli interessi rilevanti per la formazione de volontà dello stato. Gl'interessi *corporativi* concorrono inf con interessi, spesso vitali, di tutt'altra natura, per esemp religiosi, etici, estetici. L'agricoltore o l'avvocato non so come tali, esclusivamente interessati alle questioni agricole forensi, ma possono desiderare una determinata disciplina matrimonio, un determinato assetto dei rapporti tra Stato Chiesa; e ognuno, *al di là* degli stretti confini della prop professione, è comunque interessato ad un ordinamento ge rale che sia giusto, opportuno o quanto meno tollerabile. C bene, in quale categoria professionale si dovrebbe inquadra

---

([10]) Cfr. HERRFARDT, *Das Problem der Berufsständischen Ver tung von der Französischen Revolution bis zum Gegenwart*, 19 BONN, *Die Auflösung des modernen Staates*, in *Europäische Büche* Bd. IV, 1921, 24 ss.; TARTARIN-TARNHEYDEN, *Die Berufsstände, i Stellung im Staatsrecht und die Deutsche Wirtschaftsverfassung*, 19 WEBER A., *Die krisis des modernen Staatsgedankens in Europa*, 1 123 ss.

la decisione di tutte queste questioni? Oltre a ciò — come abbiamo spesso notato — in una struttura corporativa è immanente la naturale tendenza ad una differenziazione sempre più minuta, in quanto l'idea corporativa trova completa attuazione solo quando il gruppo si forma sulla base di una *totale* comunanza d'interessi. Considerato il progresso dell'economia e della tecnica, le professioni che rivendicano un'organizzazione autonoma si dovrebbero contare a centinaia, anzi a migliaia, e anche allora i confini delle singole professioni sarebbero più o meno arbitrari. Ora, tra i gruppi corporativi esiste per natura non comunanza ma *contrasto d'interessi*, contrasto che viene ulteriormente approfondito proprio dall'organizzazione degli interessi comuni nei singoli gruppi. Come dovrebbero essere risolti i molteplici contrasti d'interessi tra i gruppi?

Certo, le questioni puramente professionali potrebbero trovare con facilità soluzioni abbastanza appaganti nell'ambito dell'autonomia di ciascun gruppo, pur restando da stabilire se la maggiore possibilità di accordo tra datori di lavoro e lavoratori dello stesso gruppo, sulla quale tanto s'insiste, non derivi principalmente dal fatto che qui alla parte economicamente più debole manca il sostegno dei compagni degli altri gruppi. Moltissime questioni però, e forse la maggior parte, non potrebbero essere considerate puramente interne, riguardanti solo gl'interessi del gruppo; alla loro decisione sarebbero interessati anche altri gruppi e per lo più in un senso diverso dal gruppo immediatamente toccato. Ma quello che importa è proprio la soluzione di questi conflitti.

Orbene, l'*ideologia del principio corporativo non è in grado di fornire essa stessa una risposta a questo fondamentale problema.* La soluzione può trovarsi solo affidando la decisione finale sul contrasto d'interessi tra i gruppi corporativi ad un'autorità creata con logica *estranea* al principio corporativo, e cioè o ad un parlamento eletto democraticamente da tutto il popolo o ad un organo più o meno autocratico. È stato giustamente rilevato che in una costituzione di tipo corporativo — in quanto non si tratti di questioni puramente interne, da

lasciare all'autonomia dei gruppi — la formazione della volontà statale dovrebbe ispirarsi al principio della *concordia volontà* di tutti i gruppi o almeno di quelli interessati alla decisione. Ma questo è impossibile, in pratica. E proprio qui appare chiaro quanto sia vuota e inapplicabile la formula con la quale si vorrebbe dimostrare la superiorità dell'idea corporativa nei confronti del principio democratico-parlamentare: la formula, cioè, per la quale ad ogni gruppo si dovrebbe assegnare, nella formazione della volontà statale, un ruolo corrispondente alla sua importanza per la comunità.

Anzitutto, quest'idea corporativa non potrebbe — come talora si afferma — eliminare il sistema rappresentativo e quindi il parlamentarismo, ma solo sostituire un sistema democratico con un altro sistema di rappresentanza. Tutta la differenza starebbe allora solo nel fatto che corpi elettorali non sarebbero più, come nella democrazia — direttamente o indirettamente — i partiti politici, ma i gruppi corporativamente organizzati; e ciò perché la formazione diretta della volontà statale non è possibile neppure in seno a questi ultimi. Si tratta quindi solo di istituire un parlamento corporativo (11).

A questo punto, però, bisogna subito stabilire *chi* debba fissare l'importanza che spetta a ciascun gruppo e in base a *quale criterio*. Risolti questi problemi — che in realtà sono insolubili — e creato un organo di rappresentanza corporativa nel quale i vari gruppi siano rappresentati in ragione della loro importanza, resterebbe ancora aperto il problema del principio cui debba ispirarsi la formazione della volontà unitaria all'interno di un tale organo rappresentativo. Non si dovrebbe tornare ancora una volta al principio *meccanico* della maggioranza? E se così è, avrebbe ancora senso porre a base della formazione di un simile organo rappresentativo un'organizzazione corporativa? Dal momento che nell'organo rappresen-

---

(11) Bonn, *Zur krise der Demokratie*, in *Die neue Rundschau*, 1925, 337 ss.

tativo è la *maggioranza* che — in tutto o in parte — decide contro la minoranza, sarebbe certo più sensato fondare un tale organo su un ordinamento professionale che trattasse ogni singolo elettore non solo come appartenente ad una determinata professione ma anche come membro della *comunità* statale e quindi come persona interessata non solo alle questioni della sua categoria ma fondamentalmente a tutte le questioni che possono formare oggetto dell'ordinamento statale.

È questo, in sostanza, il motivo per il quale un'organizzazione corporativa non potrà mai *sostituire* del tutto un parlamento democratico, ma potrà solo affiancarlo — o affiancare il monarca — in veste semplicemente *consultiva* e non decisoria, con il limitato compito, cioè, di precisare con chiarezza gl'interessi che chiedono una disciplina ([12]). E proprio perciò il concetto di organizzazione corporativa non è sufficiente a risolvere il problema della forma di governo; esso lascia in piedi il dilemma: *democrazia* o *autocrazia*?

In queste condizioni, non c'è da meravigliarsi se le forme in cui l'organizzazione corporativa si è finora storicamente realizzata sono sempre state il tentativo di uno o più gruppi di dominare gli altri; al punto che non è del tutto infondato il sospetto che nella richiesta da poco nuovamente avanzata d'introdurre l'organizzazione corporativa si esprima non tanto il bisogno di un'organica, cioè *giusta* partecipazione di tutti i gruppi corporativi alla formazione della volontà statale, quanto piuttosto il tentativo di prevalere di una certa sfera d'interessi

---

([12]) Sono da segnalare a questo riguardo le interessantissime proposte per rendere obbligatoria, nel procedimento legislativo del parlamento, la *consulenza tecnica* di organizzazioni professionali legalmente riconosciute: camere di commercio, dell'industria, del lavoro, ordini dei medici, degli avvocati, ecc. Il conseguente ritardo nel procedimento potrebbe essere evitato accogliendo la proposta di far intervenire — con voto *solo consultivo* — nel parlamento eletto dal popolo, esperti designati dalle stesse organizzazioni (Hertz, in *Neue Wiener Tagblatt* del 28 marzo 1925).

ai quali la costituzione democratica non sembra più offri successo politico. Non è strano che da parte borghese s'invoc l'organizzazione corporativa proprio nel momento in cui c la possibilità che il proletariato, rimasto finora in minoranz conquisti la maggioranza e il parlamentarismo democratic minaccia di rivolgersi *contro* quella classe alla quale ha finor assicurato il predominio politico? Se l'assetto corporativo d v'essere un'organizzazione fondata sulla *comunanza d'interes* non ha alcuna speranza di diventare un elemento primario decisivo nella formazione della volontà dello stato finché in teressi diversi da quelli puramente professionali saranno effe tivamente i più forti. Finché i lavoratori proletari delle diverse anzi di tutte le categorie, si sentiranno — a torto o a ragione — uniti da una comunanza d'interessi fra loro maggiore che co i datori di lavoro capitalisti delle rispettive categorie e finch considerata quest'innegabile realtà, anche i datori di lavoro stringeranno intorno ad una comunanza d'interessi che super i limiti della singola categoria, sarà difficile che la realtà so ciale esprima un'organizzazione corporativa capace di sop piantare l'odierna forma di governo democratico-parlamentare senza avvicinarsi, nello stesso tempo, ad una forma più o men autocratica, senza essere cioè la dittatura di una classe sul l'altra.

In favore dell'organizzazione corporativa si adduce, è vero l'argomento che essa è l'unica in grado di sprigionare le forze sociali *vere*, *reali*; e con ciò si vuole naturalmente significare che tale organizzazione sia, rispetto a quella democratico-parlamentare, migliore, più giusta. Ma se si deve guardare a ciò che esprime gli effettivi rapporti sociali di forza, la *vera* espressione dell'odierna *società sostanzialmente divisa in due classi* è proprio la forma di governo democratico-parlamentare col suo binomio di maggioranza e minoranza. E se c'è una for ma che offra la possibilità di eliminare questo profondo contra sto — che si può certo deplorare ma non seriamente negare — non mediante sanguinose rivoluzioni ma in modo pacifico, graduale, questa è la forma della democrazia parlamentare.

7. Il *principio di maggioranza*, contro il quale si rivolgono soprattutto le critiche dei fautori dell'organizzazione corporativa, è — come abbiamo rilevato all'inizio —, accanto al principio della formazione indiretta della volontà statale, l'altro elemento che l'analisi del parlamentarismo mette in mostra. Un esatto giudizio sul parlamentarismo dipende dall'interpretazione che si dà a questo fondamentale elemento in misura ancor maggiore che dal superamento della finzione rappresentativa, dall'idea cioè che la formazione della volontà statale da parte di un parlamento eletto dal popolo costituisca un compromesso inevitabile tra l'idea di libertà e il principio della divisione sociale del lavoro.

Orbene, come abbiamo già accennato, anche il principio di maggioranza è da concepire come un accomodamento del tutto analogo ([13]). Se libertà equivale ad autodeterminazione politica, l'ordinamento sociale dovrebbe essere propriamente formato dalla volontà concorde di tutti coloro che sono soggetti a quest'ordinamento, che costituisce appunto la comunità sociale; e allora il singolo dovrebbe considerarsi soggetto a quest'ordinamento solo finché mantiene la volontà espressa al momento della fondazione della comunità, finché riconosce l'ordinamento sociale o, in altre parole, finché resta volontariamente nella comunità. Senonché, una tale situazione, in cui il *tu devi* dell'imperativo sociale viene condizionato dal *se lo vuoi* del destinatario, non costituisce più un ordinamento o una comunità ma piuttosto l'anarchia. Affinché vi sia una comunità e in particolare uno stato, deve poter esistere una differenza tra il contenuto dell'ordinamento sociale e la volontà degli individui ad esso assoggettati. Se la tensione tra questi due poli, cioè tra il dover essere e l'essere, fosse uguale a zero — e quindi il valore della libertà uguale ad infinito —, non si potrebbe più parlare di *assoggettati*.

([13]) Cfr. il mio saggio *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 5 ss. (*Essenza e valore della democrazia*, cit., 43 ss., 94 ss.).

Nel favorire lo sviluppo dell'ordinamento sociale, che presuppone in qualche modo come dato, attraverso deliberazioni maggioritarie, la democrazia si accontenta anche solo di avvicinarsi all'idea originaria di libertà. Se infatti è libero chi si determina da solo ed è quindi soggetto alla propria volontà, una volta accettato il principio di maggioranza sono liberi soltanto coloro che fanno parte della maggioranza, giacché soltanto la loro volontà determina il contenuto dell'ordinamento sociale; mentre chi appartiene alla minoranza si viene a trovare con la sua volontà in una situazione di contrasto con tale contenuto. Ma neppure chi vota con la maggioranza è più soggetto unicamente al proprio volere, e lo scopre appena cambia la volontà già manifestata con la votazione. La irrilevanza giuridica di questo cambiamento gli rende fin troppo chiara la volontà estranea cui è soggetto. Affinché torni libero, vale a dire affinché la sua volontà si accordi di nuovo col contenuto dell'ordinamento sociale, è necessario che questo cambiamento di volontà trovi a sua volta una maggioranza. E il ripristino di questo accordo tra la volontà del singolo e la volontà dominante dello stato è tanto più difficile, e questa garanzia della libertà individuale tanto minore, quanto più qualificata è la maggioranza richiesta per deliberare la *modifica* dell'ordinamento esistente.

Sotto questo profilo, il principio della *maggioranza assoluta* costituisce l'approssimazione relativamente maggiore all'idea di libertà. Se infatti, per cambiare l'ordinamento vigente, si richiedesse *meno* della maggioranza assoluta, la volontà statale, nel momento della sua formazione, potrebbe trovarsi in contrasto e non in accordo con il maggior numero di volontà individuali e, pertanto, dopo la modifica dell'ordinamento sociale, potrebbe esservi un minor numero d'individui liberi perché di volontà concorde con tale ordinamento, e un maggior numero d'individui non liberi, perché di volontà con esso contrastante. Se invece si richiedesse per il cambiamento *più* della maggioranza assoluta — poniamo una maggioranza qualificata di due terzi o di tre quarti dei membri della

munità — una minoranza potrebbe essere in grado di determinare, in contrasto con la maggioranza, la volontà dello stato con l'impedirne la modifica: e gl'individui non liberi sarebbero di nuovo più numerosi di quelli liberi. Nel principio di maggioranza si esprime quindi l'esigenza che, se non tutti gl'individui, sia libero almeno il maggior numero possibile di essi.

8. Il principio di maggioranza risponde all'idea di libertà politica — se non di quella naturale — anche sotto un altro profilo. Già nel suo stesso concetto, la maggioranza presuppone infatti l'esistenza di una *minoranza* e pertanto il diritto di maggioranza *giustifica* l'esistenza di una minoranza. Da ciò deriva non la necessità ma la *possibilità* di una tutela della minoranza di fronte alla maggioranza; in ogni caso, il principio di maggioranza non può essere senz'altro identificato, come avviene assai di frequente, col concetto di un *dominio* incondizionato della maggioranza sulla minoranza. Già per il solo fatto di avere un'esistenza legale, la minoranza è in grado di influenzare in una certa misura la maggioranza, impedendo così che il contenuto dell'ordinamento sociale creato mediante il sistema maggioritario contrasti totalmente con i suoi interessi. Col dividere essenzialmente in *due* gruppi, maggioranza e minoranza, l'insieme di coloro che sono soggetti alle norme, il principio maggioritario crea la possibilità del *compromesso*. Ma compromesso significa accantonamento di ciò che divide in favore di ciò che unisce. Ogni scambio, ogni contratto *è* un compromesso, sicché compromesso significa *mettersi d'accordo*. Ogni integrazione sociale è possibile, in definitiva, solo grazie al compromesso; anzi, la stessa maggioranza può formarsi solo in virtù del compromesso. Il giudizio negativo espresso non di rado sul compromesso come principio e come tendenza pratica non deriva dall'ideologia della libertà come autodeterminazione ([14]). Che il principio di mag-

([14]) Cfr. ZENKER, *op. cit.*, 28, 35 ss. e WELTSCH, *Organische Demo-*

gioranza, all'interno del sistema parlamentare, si confermi un principio di compromesso, di componimento dei contrasti po

---

kratie, 1918, 9 ss. Sbagliano entrambi questi autori — ma il fatto consueto — nel *contrapporre* principio di maggioranza e compromesso. Io cerco proprio di mostrare in qual modo il concetto di compromesso discenda organicamente dal principio di maggioranza, o meglio da l'idea di libertà che sta alla base di esso. Principio di maggioranza non significa affatto *dominio* della maggioranza. Sebbene si possa affermare con Zenker (*op. cit.*, 28) che in un regime democratico non debba essere decisivo il solo interesse della maggioranza, non è tuttavia chiaro che cosa egli intenda dire quando afferma che qui deve dominare l'« interesse collettivo ». Un simile interesse — diverso dall'interesse della maggioranza e da quello della minoranza, e per così dire al di sopra di essi — non esiste come valore assoluto rispetto a quei valori relativi che sarebbero i postulati dei partiti politici: è una finzione. In particolare, poi, il compromesso non conduce ad una posizione per così dire metapartitica, come Weltsch mostra di ritenere quando definisce il compromesso « sintesi creativa ». « Mi sembra — egli dice — che il valore di un compromesso dipenda massimamente dal fatto che sia un *prodotto meccanico* o invece una nuova *creazione organica*. Desidero sottolineare energicamente questa fondamentale distinzione e l'importanza politica che essa riveste. Per distinguerla dal compromesso meccanico, chiamerò *sintesi* quella soluzione di un contrasto che si risolve in un prodotto organico. La risultante delle opinioni in conflitto non può essere una mera sottrazione, sicché rimanga alla fine un debole resto, un'entità incapace di vivere e proprio quella parte ch'essi avevano in comune fin dall'inizio; le vedute contrastanti non devono *livellarsi* a vicenda ma reciprocamente *plasmarsi*, non *annullarsi* ma modificarsi l'un l'altra, non affrontarsi come nemici ma vivere uno accanto all'altra come l'uomo e la donna; alla fine della lotta non devono restare nemici così mal ridotti da rassomigliarsi solo per le loro miserevoli condizioni, ma *dal loro contrasto creativo deve fiorire una nuova entità*. Una tale sintesi è anche scevra da tutto ciò che il compromesso ha di fiacco e moralmente riprovevole, motivo per il quale ad esso si contrappone così volentieri l'unico valore morale dell'*assoluto* ». Più avanti si accenna poi al fatto che per la collettività può solo esistere il *proprio* « assoluto » e non quello dell'individuo, e questo assoluto della collettività sarebbe il « bene comune ». Il compromesso « creativo » dovrebbe essere allora, chiaramente, il bene comune, l'assoluto della collettività o almeno avvicinarsi ad esso. Questa però è met

litici, si ricava da uno sguardo anche superficiale alla prassi parlamentare. Tutto il *procedimento parlamentare* è proprio volto al raggiungimento di una via di mezzo tra interessi contrapposti, di una risultante delle forze sociali in contrasto. Esso offre le garanzie necessarie affinché i vari interessi dei gruppi rappresentati in parlamento possano esprimersi, manifestarsi come tali in un *pubblico* dibattito. E se il procedimento parlamentare, tipicamente caratterizzato dalla dialettica e dal contraddittorio, ha un senso profondo, possiamo coglierlo solo nel fatto che dalla contrapposizione di tesi e antitesi degli interessi politici scaturisce in qualche modo una sintesi, che può avere solo il nome di compromesso.

Sotto questo aspetto, le forti esitazioni di recente manifestate nei confronti del *sistema proporzionale*, per l'addietro elogiato, appaiono infondate o quanto meno esagerate. Se nelle elezioni parlamentari il *sistema maggioritario* venisse applicato nella sua forma pura, non turbato da fatti di geometria elettorale, sarebbe rappresentata in parlamento la sola maggioranza e non anche la minoranza e il procedimento parlamentare perderebbe allora il suo vero significato. Se però si riconosce questo suo significato, affinché si abbia un *quadro reale degli interessi* e quindi il presupposto logico per poter giungere ad un compromesso, è chiaro che non basta che vi sia comunque una minoranza in parlamento ma è della massima importanza che *tutti* i gruppi politici vi siano rappresentati in ragione della loro forza. Cade pertanto anche l'obiezione così spesso avanzata contro la proporzionale. Che cioè a nulla serva la rappresentanza proporzionale di tutte le minoranze, quando poi le deliberazioni parlamentari possono essere adottate a maggioranza. L'influenza che la minoranza esercita sulla formazione della volontà della maggioranza è

---

fisica sociale, o meglio metapolitica, proprio quella che — con formulazioni meno chiare — si nasconde sempre dietro l'oscura fraseologia dell'« interesse dello stato » che sta al di sopra dei partiti, del « bene comune », ecc.

infatti tanto più forte quanto maggiore è la forza numerica che questa o queste minoranze hanno in parlamento. Il sistema proporzionale accresce senza dubbio la tendenza della libertà ad impedire che la volontà della maggioranza domini incontrastata sulla minoranza.

Al sistema proporzionale si è, in particolare, rimproverato che esso favorisce la formazione di piccoli e piccolissimi partiti e comporta quindi il pericolo di un eccessivo frazionamento dei partiti. Ciò è esatto e reca in sé il pericolo innegabile che nessun partito disponga della maggioranza assoluta in parlamento, sicché diventa sostanzialmente più difficile la formazione di una maggioranza, indispensabile per il funzionamento dell'istituto parlamentare. Se però lo guardiamo più da vicino, il sistema proporzionale serve solo a trasferire, sotto questo riguardo, dall'elettorato nel parlamento la necessità delle *coalizioni di partiti*, cioè la necessità per questi ultimi di trascurare le minori differenze che li dividono per accordarsi sui maggiori interessi che li uniscono. *L'integrazione politica*, implicita nella coalizione dei partiti e imposta dal principio di maggioranza, non è e non significa affatto, sul piano della tecnica sociale, un male, ma al contrario un progresso ed è senz'altro preferibile che questa integrazione si realizzi in sede parlamentare anziché fra la massa degli elettori. L'ampia diversificazione fra i gruppi d'interesse politici che il sistema proporzionale favorisce può essere solo considerata come il presupposto necessario di una opportuna integrazione, garantita dal principio di maggioranza. Se si riconosce il vero significato del principio di maggioranza cui s'ispira il procedimento parlamentare, è allora possibile vedere nella giusta luce anche uno dei problemi più difficili e pericolosi del parlamentarismo: il problema dell'*ostruzionismo* ([15]). È infatti possibile che la mi-

---

([15]) Cfr., al riguardo, BUCHER, *op. cit.*, 119 ss.; von GERLACH, *Das Parlament* (nella collana *Die Gesellschaft*, diretta da BUBER, vol. XVI), 1907, 56 ss.; ZENKER, *op. cit.*, 22 ss.

noranza abusi delle disposizioni che regolano il procedimento parlamentare, e in specie di quelle poste a tutela dei suoi diritti, allo scopo di rendere più *difficili* o addirittura d'*impedire*, paralizzando temporaneamente il meccanismo parlamentare, deliberazioni di maggioranza indesiderate. Se vengono impiegati strumenti *previsti dal regolamento interno*, come discorsi-fiume, appelli nominali, mozioni di urgenza da discutere prima degli argomenti all'ordine del giorno, e metodi analoghi, si parla di ostruzionismo *tecnico*; si chiama invece ostruzionismo *fisico* la paralisi del procedimento parlamentare provocata con l'impiego diretto o indiretto di mezzi violenti, come schiamazzi, distruzione di arredi, etc. Quest'ultima forma di ostruzionismo, a causa della sua illegalità formale, manca di qualsiasi giustificazione. Anche la prima, però, in quanto *impedisce* in effetti la formazione della volontà del parlamento, è da considerare in contrasto con lo spirito del regolamento interno. Non sarebbe tuttavia possibile liquidarla rapidamente, perché incompatibile con il principio di maggioranza, se non identificando quest'ultimo con il *dominio* della maggioranza: e questo non è lecito. In realtà, l'ostruzionismo è non di rado un mezzo non per impedire il formarsi di una volontà parlamentare, ma per convogliarla verso un compromesso tra maggioranza e minoranza.

L'attuazione del principio di maggioranza incontra tuttavia alcuni limiti per così dire naturali. Maggioranza e minoranza si devono anzitutto poter *intendere*, se vogliono giungere a un reciproco *accordo*. Devono perciò essere creati i presupposti di fatto per l'intesa reciproca di coloro che partecipano alla formazione della volontà sociale: una società relativamente omogenea quanto a civiltà e, in particolare, una lingua comune. Se *nazione* è anzitutto comunanza di *civiltà* e di *lingua*, il principio maggioritario ha pieno significato solo all'interno di un organismo nazionale unitario, e da ciò quanto meno deriva che nelle comunità sovranazionali, internazionali e in specie negli stati a nazionalità mista — i cosiddetti stati-nazionalità — la decisione delle questioni di cultura nazionale

dev'essere sottratta al parlamento centrale e lasciata nella sfera dell'autonomia, cioè agli organi rappresentativi delle comunità nazionali (gruppi parziali) organizzate secondo il principio della personalità. Il noto argomento che il principio di maggioranza, applicato all'umanità di oggi vista nel suo insieme, porterebbe a conseguenze assurde, tocca non tanto il principio in se stesso, quanto piuttosto la sua esaltazione attraverso un eccessivo *accentramento*. E sotto questo profilo va anche giudicata l'opinione sostenuta dai marxisti, secondo i quali il principio di maggioranza potrebbe trovare applicazione solo in una società fondata sulla piena comunanza d'interessi dei suoi membri e non in una società divisa dai *conflitti di classe*: esso infatti sarebbe, sì, idoneo ad eliminare divergenze di opinione di carattere secondario, per così dire meramente tecniche, ma non a risolvere conflitti d'interessi vitali ([16]). Prescindendo dal fatto che non esiste una società umana nella quale sia precostituita una sostanziale armonia d'interessi in ogni senso — armonia che invece dev'essere creata mediante compromessi duraturi e pur sempre rinnovabili, dal momento che anche le più trascurabili divergenze d'opinione possono diventare conflitti d'interessi vitali —, il rifiuto del principio di maggioranza come norma fondamentale

---

([16]) Cfr. ADLER, *Die Staatsauffassung des Marxismus*, 1922, 115 ss. (*La concezione dello stato nel marxismo*, con introduzione di R. Racinaro, Bari, 1979, 112 ss.) e il mio scritto *Sozialismus und Staat*, 2ª ed., 1923 (*Socialismo e stato*, con introduzione di R. Racinaro, Bari, 1978). ADLER, dal punto di vista marxista, rifiuta la democrazia parlamentare. BAUER invece (*Die österreichische Revolution*, 1923) in linea di principio l'accetta. Inclinando sostanzialmente verso l'idea del compromesso, egli parla (*op. cit.*, 243) di « equilibrio delle forze di classe » grazie al quale « una classe non è più in grado di sconfiggere o soffocare l'altra », il potere statale ha cessato « di essere strumento di dominio di una classe sull'altra » e la democrazia parlamentare diventa una « democrazia funzionale » in quanto « per gli atti più importanti del governo sono richiesti il consenso e la collaborazione delle organizzazioni proletarie » rappresentate dai capi del partito socialista che, insieme con la borghesia, formano il governo dello stato.

della democrazia e in particolare del parlamentarismo, riposa, per la società divisa in classi, non sul convincimento *teorico* dell'insufficienza di tale principio nel caso concreto, quanto piuttosto sulla volontà — non giustificabile in termini razionali — di superare il conflitto di classe non con un pacifico componimento ma con l'impiego della violenza in funzione rivoluzionaria, non col metodo democratico ma col metodo autocratico-dittatoriale. Il principio di maggioranza viene rifiutato perché — a torto o a ragione — viene rifiutato il compromesso, del quale esso costituisce il presupposto. Proprio perché il compromesso è l'avvicinamento reale all'unanimità nella produzione dell'ordinamento sociale da parte di coloro che vi sono soggetti, unanimità richiesta dall'idea di libertà, anche sotto questo profilo il principio di maggioranza si dimostra in sintonia con la libertà politica.

9. Ed ora siamo in grado di esaminare a fondo un ultimo argomento, di recente avanzato contro il parlamentarismo. La fede nel valore del parlamentarismo, specificamente caratterizzato dalla dialettica e dal contraddittorio, deriverebbe — com'è stato da poco sostenuto — dalla ideologia del *liberalismo*. Questo, come da una concorrenza economica completamente libera attenderebbe la massima armonia degli interessi economici, così pure dal libero dibattito parlamentare attenderebbe una verità in qualche modo *assoluta* e quindi qualcosa che assomigli ad un valore politico assoluto. Dal momento che il parlamento non ha prodotto una simile verità o un simile valore, si ritiene di dover concludere che questa istituzione ha «perduto il proprio fondamento spirituale» e che ancora «questo vuoto apparato sta in piedi per semplice forza d'inerzia» ([17]).

([17]) SCHMITT, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, 1923, 10, 23. Schmitt afferma la necessità di vedere «nel liberalismo un sistema coerente, completo e metafisico»; mette la credenza «che dalla libera lotta delle opinioni nasca la verità» in rapporto con «la dottrina dell'armonia prestabilita», squisitamente metafisica e quindi «assoluta» (p. 23); parla addirittura di «metafi-

Senonché, prescindendo dal fatto che la dialettica e il contraddittorio non hanno minimamente la funzione obiettiva di assicurare una verità assoluta — mai raggiungibile — né una volontà statale assolutamente giusta, ma, com'è stato mostrato, di fornire una soluzione mediana nel conflitto d'interessi tra maggioranza e minoranza, tutta questa argomentazione contro il parlamentarismo porta a presentare quello che ne è il fondamento — e cioè lo spirito *democratico* del liberalismo — come una concezione metafisico-assolutistica del mondo. Orbene, non vi può essere nulla di più errato. Se, infatti, il contrasto tra forme di governo trae origine da contrastanti concezioni del mondo, la democrazia e in particolare il parlamentarismo democratico saranno il necessario svolgimento di posizioni non metafisico-assolutistiche, ma, per l'appunto, *critico-relativistiche*. Il *relativismo filosofico*, partendo dall'impossibilità di conoscere verità o valori assoluti e quindi incapace di reclamare per qualsiasi opinione una validità unica, esclusiva, per così dire dittatoriale, ma sempre disposto a considerare quanto meno possibile anche l'opinione contraria, non può non sposare quel metodo dialettico che prima sollecita lo sviluppo delle tesi contrastanti e cerca poi di comporre i due punti di vista, nessuno dei quali può essere adottato totalmente e senza riserve e negando completamente l'altro. Ma questo, in definitiva, non è lo stesso metodo usato dal parlamentarismo

---

sica del sistema bipartitico» (p. 29) e conclude nel senso che, venuta oggi a mancare la fiducia «che da articoli di giornale, comizi, dibattiti parlamentari possano nascere una legislazione e una politica veramente giuste, l'istituto parlamentare, considerato lo sviluppo che ha avuto fino ad ora, ha perduto il suo fondamento spirituale e il suo significato» (pp. 39, 40). D'altra parte, però, ammette che il parlamentarismo democratico non possa avere altra base che una ideologia relativistica. «Il parlamento è il luogo in cui si delibera, in cui cioè si raggiunge la verità 'relativa' attraverso un metodo di discussione che mette a confronto i vari argomenti» (p. 35, ma v. pure p. 24). Con questa posizione contraddittoria intorno al significato ideologico del parlamentarismo, lo stesso Schmitt toglie pregio alle proprie argomentazioni.

democratico, quando riconosce i diritti delle minoranze e si serve di un procedimento fondato sul contraddittorio, volto a raggiungere un compromesso? E allora la *dittatura*, invocata da alcuni nemici del parlamentarismo, può seriamente volerla — sempreché sia compatibile con la sua idea il fatto di essere voluta da coloro che vi sono soggetti e di essere quindi legittimata da questa volontà — solo chi crede, sul piano *metafisico-religioso*, che il suo dittatore sia giunto misteriosamente a possedere una verità assoluta in qualche modo conoscibile, un valore assoluto in qualche modo percepibile ([18]). E infatti solo ciò che è assoluto, e pertanto divino,

---

([18]) Per dimostrare la superiorità della dittatura rispetto alla democrazia, s'invoca di solito il principio che *non la maggioranza* ma il *migliore* o i migliori devono dominare. Senonché, prescindendo dal fatto che questo principio si risolve in una inconcludente tautologia — buono e migliore è infatti ciò che deve essere o deve comandare — resta da risolvere l'unico problema politicamente decisivo: *chi* sia il migliore e in qual modo possa giungere a comandare. E a tale proposito si dà per scontato che su questo problema debba decidere colui stesso che invoca il principio del migliore.

Ciò si verifica, in forma quasi classicamente ingenua, nel movimento *fascista*, la cui ideologia si richiama in gran parte al pensiero del filosofo e uomo di stato Vincenzo Gioberti. Robert Michels (*Sozialismus und Raszismus in Italien*, 1925, 304) la presenta in questi termini: «Come gli Italiani rappresentano l'*élite* dei popoli europei, così i fascisti rappresentano l'*élite* dei partiti italiani, sia per numero che per forza. Nelle istruzioni, impartite in origine ai giovani fascisti, era detto che dovevano sentirsi nel sangue l'aristocrazia della minoranza. In seguito però, quando i fascisti divennero una massa sempre più numerosa e, preso il potere, quasi non riuscirono più a contenere il numero degli aderenti alla loro organizzazione, dichiararono essi stessi di voler ridurre i quadri e di fare un repulisti». Il così detto principio dell'*élite* — cioè l'indimostrata e indimostrabile affermazione: siamo noi i migliori — è stato in ogni tempo addotto a giustificazione della dittatura; e — più o meno, cioè nei limiti consentiti dalla fraseologia marxista — serve pure a legittimare la dittatura del proletariato dei *bolscevichi*. Il parallelo tra i due movimenti, bolscevico e fascista, è stato del resto ripetutamente sottolineato.

può esigere un'obbedienza silenziosa e riconoscente, rende possibile quella incondizionata *rinuncia all'autodeterminazione* che dà significato alla dittatura. E senza la fede delle masse nel potere e nella missione divina del dittatore, nessuna dittatura può alla lunga resistere all'anelito insopprimibile verso la libertà, la quale tornerà sempre ad affermarsi: non certo la libertà illimitata dell'*anarchia* che è il rovescio della dittatura, ma la libertà della *democrazia*, cioè del *compromesso* della *pace* sociale.

Si tratta senza dubbio di un atteggiamento più schietto del *pathos* eroico della dittatura, che agita la propria bandiera — nera o rossa — sopra un'opposizione ridotta al silenzio o priva di diritti. Ma come lo spirito umano deve rinunciare alle ardite e illusorie speranze della speculazione metafisica, quante volte forza inutilmente i limiti invalicabili della conoscenza, così l'umanità, ridotta ad una sanguinosa servitù dalle messianiche promesse dei suoi vari dittatori, cerca sempre nuovamente la via di un proficuo accordo sociale ([19]). A noi uomini

---

([19]) Il fascismo cominciò con una lotta accanita alla democrazia e all'istituto parlamentare. Oggi invece mette avanti il proprio carattere *plebiscitario* — cioè direttamente e squisitamente *democratico* — e non ha finora eliminato il parlamento, ma solo cambiato il sistema elettorale, in modo da assicurare in tale sede la maggioranza al partito fascista. (Cfr., al riguardo, MICHELS, *op. cit.*, 298 ss.). Michels osserva (a p. 301) che, nel suo atteggiamento antiparlamentare, il fascismo si rifà a Vilfredo PARETO, nel cui *Testamento politico* (*Testamento politico. Pochi punti d'un futuro ordinamento costituzionale*, in *Giornale degli economisti*, I, n. 18) si afferma che «per governare è necessario il consenso delle masse, non la loro *collaborazione*. Non basta cercare l'appoggio di una maggioranza parlamentare, giacché per qualunque maggioranza c'è sempre il pericolo che si frantumi o venga meno. D'altra parte, non è consigliabile governare con la sola forza. Base del governo dovrebbe essere, oltre alla forza, il consenso della pubblica opinione; e a tal fine parlamento e governo rendono di solito un ottimo servizio. Sicché neppure Pareto è comunque disposto a patrocinare l'abolizione del parlamento. Egli ritiene che, dal momento che l'istituto della rappresentanza popolare già esiste, sia opportuno conse

in fondo, non resta che *rassegnarci* ai limiti del nostro conoscere e *metterci d'accordo* nelle nostre aspirazioni sociali.

---

varlo. L'uomo di stato avrebbe il solo compito di ricercare i modi e i mezzi per prevenire, per quanto è possibile, i pericoli del parlamentarismo ». Ma quali sono i mezzi proposti da Pareto? Il *referendum* e la *libertà di stampa*, cioè elementi radical-democratici. E pertanto questa teoria dall'aria aristocratica, antidemocratica e antiparlamentare, posta di fronte alla necessità di formulare concrete proposte pratiche, finisce col dare le medesime soluzioni della teoria che essa combatte. E quando Pareto — secondo l'esposizione di Michels (p. 302) — afferma che « il dominio del popolo non ha molto valore ma ne ha certo più dei dominatori della rappresentanza popolare e si potrebbe quindi, per un riguardo verso le ideologie democratiche ancora vive nel popolo, lasciare il parlamentarismo come elemento decorativo rendendolo però al tempo stesso innocuo », non si tratta, come Michels sembra ritenere, di machiavellismo ma solo di mancanza di sincerità, giacché questa teoria politica non riconosce una forma di governo migliore del parlamentarismo limitato dal *referendum*. Il fatto che questa forma di governo venga considerata un *male* — anche se, relativamente, il minore — trova riscontro nella posizione prettamente *liberale*, caratteristica di Pareto.

APPENDICE

FERDINAND TÖNNIES

LA DEMOCRAZIA

Sommario. — Nella prima parte della relazione si mostra l'essenza della odierna democrazia come forma di governo e si esaminano le prospettive, favorevoli e sfavorevoli, della sua conservazione, e precisamente quelle offerte dalle condizioni di vita economiche, politiche e spirituali. Queste condizioni vengono comparativamente valutate e ne viene tratto un giudizio di probabilità.

La seconda parte contiene uno svolgimento più ampio delle proposizioni fondamentali prima espresse in forma succinta.

Queste proposizioni mirano ad illustrare l'idea della moderna democrazia nel suo significato strettamente teorico e a svolgerla nelle sue conseguenze. Non saranno quindi espressi giudizi di valore o punti di vista personali sull'opportunità della sua forma costituzionale e politica ma una serie di deduzioni la cui esattezza dovrebbe essere riconosciuta anche da chi fosse portato a vedere, nell'attuazione di quest'idea, più un male che un bene.

Proposizioni fondamentali.

1. È carattere essenziale della democrazia portare a compimento lo sviluppo dello stato moderno.
2. Essa può riuscire a far questo solo regolando definitivamente il rapporto tra stato e società a favore della superiorità dello stato; si deve cioè sforzare di risolvere la questione sociale.
3. Il nocciolo di questo problema è la questione della proprietà. Di tutta la proprietà terriera e delle sue ricchezze e così pure del restante capitale reale, lo stato democratico deve riservare a se stesso quel tanto che gli è necessario per adempiere le sue funzioni e, per il resto, deve controllare e indirizzare la distribuzione di

questi beni, anche dei beni da reddito, nel modo rispondente alla massima: *salus publica suprema lex esto.*

4. Lo stato democratico è uno stato assoluto. Vi domina il principio della sovranità popolare.
5. Il giusto ordinamento della rappresentanza popolare e il mantenimento della sua dipendenza dalla sovranità del popolo sono questioni vitali per la democrazia come forma di governo.
6. La volontà e la ragione di tutto il popolo sovrano approveranno esse stesse la forma di governo democratico.
7. La democrazia eleggerà il proprio governo nel modo più immediato possibile. Questo atto di elezione ha, per sua natura, il significato di un atto statale unitario.
8. Il popolo deve riconoscere che anche un corpo di governanti che piaccia poco a larghe minoranze, è migliore di un governo incapace di volere e di agire in modo unitario nell'interesse comune.
9. Il governo è responsabile. Allo scopo di controllarlo e affinché esista un tramite tra esso e l'opinione pubblica, la democrazia creerà una corte di giustizia permanente (eforato).
10. Anche l'eforato dev'essere eletto dal popolo sovrano in modo unitario. Il popolo si darà regole particolari che conterranno i requisiti obbligatori d'idoneità per questa elezione; il compito dell'eforato non sarebbe, in realtà, tanto agire quanto esercitare la critica.
11. Questo sistema di governo non è parlamentarismo. Il parlamentarismo presuppone il popolo come pluralità, non come unità.
12. Un parlamento numeroso può essere tuttavia molto utile per un governo democratico, proprio perché rappresenta il popolo nella sua molteplicità. Esso dovrebbe svolgere una funzione consultiva. Come consigliere popolare, avrebbe il compito di far valere e portare a conoscenza del governo le questioni, le richieste, le doglianze e i suggerimenti particolari delle singole province e città, delle categorie professionali, dei ceti sociali; il governo sarebbe così in grado di agire tenendo conto dell'opinione pubblica.
13. Il popolo si regge per mezzo del governo da esso creato. Questo è per sua natura durevole.
14. La destituzione di ogni singolo membro del governo può avere luogo in ogni tempo, nelle forme del diritto, ad opera dell'eforato.
15. Entro questi limiti e confini il governo dell'organo che rappresenta la volontà popolare sarebbe tanto assoluto quanto quello di un re o sovrano assoluti.

16. Anche con l'elezione di un governo di 12-15 membri è possibile il passaggio da una forma di governo democratica ad una forma aristocratica, ma ha minori probabilità.
17. In questo sistema, la divisione dei poteri sarebbe per principio eliminata a favore dell'unità dello stato, che è solo un'espressione dell'unità del popolo.
18. Per essere forte, un governo democratico dev'essere indipendente dal punto di vista finanziario. Lo stato democratico dev'essere o diventare ricco.
19. Una costituzione di questo tipo presuppone una educazione generale e politica elevata.
20. Questa, a sua volta, ha come presupposto una riforma vasta e profonda della vita sociale.

Premetto che mi occuperò della democrazia in modo assolutamente astratto, ma non della democrazia in generale bensì esclusivamente della democrazia *moderna* come fenomeno temporale che si lascia esaminare solo in modo inadeguato e reca tuttavia in sé caratteri così particolari che non è possibile valutarlo correttamente se ci si limita ad applicare ad esso deduzioni tratte dall'esperienza delle democrazie dei tempi antichi, cioè squisitamente *cittadine*.

Questo tipo di costituzione statale dev'essere pertanto considerato come qualcosa di completamente nuovo, al pari dell'aeroplano, della compositrice, dell'automobile, del telefono, della radio e delle altre grandi novità della tecnica, che neppure l'era della macchina a vapore lasciava prevedere. Esse non soltanto sono analoghe alla democrazia ma appartengono anche ai suoi presupposti. Questa democrazia costituisce un grande esperimento sul cui esito e sulla cui durata molto si può immaginare ma quasi nulla sapere. Sappiamo bene però che tutti i secoli dell'epoca moderna manifestano una *tendenza* verso questa forma di governo, che si è venuta rafforzando con l'andare del tempo e che alla fine, come oggi possiamo vedere, è diventata irresistibile e inevitabile. Essa appare la forma di governo più accreditata dalla ragione e quindi sul piano scientifico, quanto meno nel senso che viene concepita

come la forma naturale di uno stato, cioè la più semplice e per così dire ovvia, tenuto conto che gl'individui adulti non vogliono riconoscere come naturale *signore* al di sopra di sé, del loro corpo e della loro anima, nessuno tranne se medesimi. Nella sua forma compiuta, s'incontra, a dire il vero, raramente ed è affatto giovane: si è sviluppata da forme miste nelle quali un elemento democratico si è venuto a piantare fra tradizionali forme aristocratiche e monarchiche o ad innestare su di esse; prescindendo dal fatto che si sono conservati alcuni resti di antichissime libertà comunali, come nei cantoni originari della Svizzera. Ma anche questa e le altre forme che si presentano come costituzione democratica esprimono l'idea fondamentale della forma di governo democratica ancora in modo incompleto: infatti, o non hanno avviato l'equiparazione delle *donne* nei diritti civili o la consentono in modo limitato. Quest'idea fondamentale è proprio uno degli elementi che distinguono essenzialmente la moderna democrazia dalle antiche repubbliche e dai calchi medievali ad esse per lo più inferiori. L'altro elemento è la vastità del territorio e, ciò che più importa, la grandezza o massa del popolo che imprende a governarsi e che rende assai difficile un comune governo unitario.

Il giudizio sociologico affronterà anzitutto la questione se e in quale misura sia probabile una durata di questa nuova forma di governo. È chiaro che un eventuale ritorno ad altre forme di governo in un determinato paese non può essere ancora considerato una prova del tramonto della democrazia, se offre motivi sufficienti per ritenere, anzi per prevedere, che quel ritorno è solo momentaneo; e neppure un ritorno di lunga durata in uno o più paesi sarebbe ancora probante per il destino dell'istituzione come tale. Nella misura in cui questa forma di governo è nuova, dovrà lottare contro resistenze. In questa lotta, la sua forza potrà soccombere o dare buona prova, diminuire o aumentare. Possiamo mettere a confronto le prospettive favorevoli e quelle sfavorevoli alla sua durata

Ciò sarà fatto nell'esposizione che segue, nella quale saranno esaminate:

A) Le prospettive favorevoli

B) Le prospettive sfavorevoli

e sia le prime che le seconde verranno ripartite secondo i tre grandi settori che agiscono su tutte le altre forme della vita sociale:

a) il settore della vita sociale generale e quindi segnatamente della vita economica, che si estende essenzialmente ai bisogni elementari degl'individui e da questi a tutta la loro attività;

b) il settore della vita politica, che comprende la vita delle norme sociali e pertanto quella di tutti gli ordinamenti positivi, dei diritti vigenti e di tutte le morali professate;

c) il settore della vita spirituale, nelle sue grandi ripartizioni:

1) intellettuale e quindi del pensiero e delle opinioni, delle concezioni del mondo;

2) della vita etica che, nonostante le forti connessioni esistenti, dev'essere nettamente distinta dalla morale professionale.

Sappiamo tutti che in questi settori si svolgono lotte incessanti: lotte d'individui e di famiglie, di comunità e di stati per l'esistenza e il cibo, il potere e il prestigio; lotte di partiti nelle comunità, nelle chiese, negli stati per l'influenza, la difesa di principi e dottrine, il potere; lotte d'idee e di opinioni; lotte per la verità; lotte per e contro la menzogna e l'errore; in particolare, lotte tra idee vecchie e nuove, fantastiche e razionali, religiose e scientifiche, tra pregiudizi e giudizi dimostrabili, vaneggiamenti e concrete esperienze.

A) *I fattori favorevoli.*

1. È quindi da esaminare in primo luogo la questione dei fattori di natura *generale* favorevoli alla moderna democrazia,

in particolare nel settore della vita economica. La loro caratteristica più marcata sta nei traffici e nei loro effetti: la vita in estensione e l'affievolirsi della tradizione, che può essere considerata la vita in senso verticale. Gli uomini si gettano disordinatamente nella lotta per il guadagno, il possesso, la ricchezza. Ne deriva uno scambio rapido, intenso. E anche in tempi piuttosto anormali, come sono stati gli ultimi decenni in Europa, c'è chi avanza e chi resta indietro nella corsa alla quale chiunque può partecipare, anche se solo pochi riportano la palma. Questa sorta di parità si manifesta in modo evidentissimo nelle grandi città e principalmente nelle metropoli; e nei paesi coloniali in modo più evidente che nelle antiche città, dove il peso della tradizione è più forte. Come ha detto un antico scrittore romano, i paesi nuovi, al pari delle nuove città in crescita, offrono premi allettanti sia alla virtù che al vizio. Virtù e vizio sono però qualcosa di universalmente umano: con l'una e con l'altro chiunque, indipendentemente dalla propria origine, condizione sociale, reputazione, può riuscire o soccombere, salire o scendere, diventare martello o incudine. I traffici tendono ad allentare, anzi a sciogliere tutti i legami dai quali gl'individui si sentono altrimenti uniti e a sostituirli con l'unico vincolo dello *scambio* o *contratto*: a far subentrare, al posto della comunità degli uomini, che tollera e anzi sviluppa e favorisce molte disuguaglianze, la società umana, nella quale tutti sarebbero l'un l'altro estranei e indifferenti se ciascuno non riconoscesse per sé vantaggioso concedere o dare all'altro qualcosa, unirsi con lui in vista del comune tornaconto.

È lecito immaginare che una qualsivoglia massa di abitanti, per esempio, dei paesi europei, riconoscendosi come società legata da interessi comuni, creerebbe anche uno stato destinato a mantenere l'ordine in questa società, a dar vita ad un unico diritto mediante una legislazione comune, a sostenere l'autorità del diritto mediante tribunali e poteri esecutivi e a tutelare la validità dell'ordine e del diritto facendo ricorso al comune convincimento della necessità di limiti morali. Ma questa uni-

versalità delle norme sociali incontra, in tempi non prevedibili, forti ostacoli, in particolare nella diversità delle lingue e nella forza del sentimento comune nazionale che su di esse principalmente riposa. All'interno dei limiti creati con questi elementi, l'eguaglianza nei diritti civici appare la forma adatta ad una società che nei traffici pone e riconosce come uguali tutti gli individui, quanto meno a partire da una certa età.

2. I fattori favorevoli di natura politica stanno principalmente nel fatto che:

a) nella forma democratica si compiono l'essenza e lo sviluppo dello stato moderno. Il loro germe si trova già nel suo impianto ed appare anzitutto come unità dell'insieme dei sudditi. Questa significa infatti che ogni signoria minore, ogni servaggio ereditario viene fiaccato e deve cessare. Appena lo stato è concepito attraverso la figura del monarca, per necessità di cose — l'accresciuto volume degli affari, delle istituzioni, delle leggi — alla persona e al potere del monarca, al peso della sua dinastia, si sostituisce lo stato impersonale, anche se ancora viene qualificato e considerato come il suo stato (del monarca). La forza vittoriosa dello stato s'impone come unità dell'esercito e unità della burocrazia, per entrambi i quali il riunirsi della volontà sovrana in una sola persona fisica non costituisce un elemento *essenziale*. Essi sopravvivono a quest'ultima e le loro funzioni, esercitate in nome di quell'astrazione che è lo stato, sono quasi direttamente al servizio del *popolo*. Popolo e patria vanno di pari passo.

Quanto meno ogni uomo ha ora la possibilità di conoscere lo stato in questa forma, in misura assai minore la donna. Il servizio militare generalizzato diventa anzitutto negli stati monarchici un obbligo dei sudditi, ma il popolo sotto le armi, specie se in guerra, diviene conscio di sé e della propria patria e con ciò stesso della propria eguaglianza; e, per quanto possa essere grande la preminenza accordata al comandante supremo e agli ufficiali, impara anche a riconoscere lo stato come pro-

UNIVERSIDAD
AUTONOMA DE
MADRID
FC. DE DERECHO
BIBLIOTECA

prio. Le leve più anziane e le leve di massa sentono che il servizio ch'esse rendono ha senz'altro maggior peso di quello della gioventù, dei giovani ufficiali, dei soldati di carriera.

In modo immediato agisce poi *b*) l'idea della *rappresentanza popolare*: se in un primo momento attraverso il censo essa resta ancora simile alla rappresentanza per ceti che stava dietro l'unità dello stato ed è stata da questa superata, il diritto di voto generale dà però a ciascun *uomo*, e per democratica conseguenza anche a ciascuna *donna*, un'eguale partecipazione alla formazione indiretta della volontà legislativa, e quindi alla sovranità. È un normale sviluppo che dà a questo più giovane fattore, che si richiama ad un fondamento naturale, la preminenza su quello monarchico, che sembra aver bisogno di un fondamento soprannaturale. Dal sistema liberale del costituzionalismo come semplice trasformazione dello stato dualistico, la via conduce *attraverso* il sistema parlamentare, al potere assoluto della rappresentanza popolare. La democrazia moderna è stata così preceduta da un'abitudine al pensiero politico e all'autocoscienza politica più o meno lunga nei vari paesi, la quale è idonea ad agevolare la comprensione della forma di governo democratica.

3. I fattori di natura spirituale. Come tali consideriamo:

a) i fattori intellettuali. Qui, alla democrazia viene incontro una più vasta corrente di educazione popolare, che vuole comprendere razionalmente sia la natura sia lo stato e le altre creazioni della volontà umana o della civiltà, e applicare alla prassi i concetti acquisiti. Lo stato si presenta a ciascuno sotto la specie di uomini: di uomini che impartiscono comandi e divieti, pretendono obbedienza e l'ottengono con mezzi coercitivi, decidono controversie, infliggono pene, elargiscono anche ricompense e appaiono autorizzati a far tutto questo — perché mai? Se si immagina che questi uomini derivino poteri e investitura dalla *divinità* o che una divinità abbia consacrato il capo e gli conceda durevolmente la sua benevolenza e il suo favore, che questo capo sia egli stesso un dio o

un semidio, timore e riverenza si uniranno per far apparire l'obbedienza come dovere morale e la disobbedienza come peccato; l'ordine esistente, l'autorità, la ripartizione dei beni, il diritto, tutto è volontà della divinità. *Ma questa credenza infantile non dura sempre.* Quanto più il giudizio degli uomini si fa maturo ed essi imparano a fare confronti e a pensare — e questo avviene più rapidamente nelle città che nelle campagne —, tanto meno essi credono in favole e leggende, per quanto appaiano consacrate dalla tradizione. Imparano ad osservare che il presunto capo divino ha troppe qualità e debolezze umane, che la saggezza dei funzionari e dei giudici è fallibile, che esiste un'obbedienza servile e che persino una profonda visione religiosa sfrutta l'adorazione degli uomini. Presto così nascono dubbi proprio sugl'insegnamenti tradizionali della religione, servano questi altrimenti per dominare il mondo oppure no; e dubbi sulle affermazioni dei sacerdoti e sui poteri soprannaturali delle loro prestazioni — e l'esperienza conferma i dubbi: un sovrano ne rovescia un altro o forse molti altri, il dominio straniero è sopportato malvolentieri, proprio la classe dominante, che rivendica l'autorità per diritto proprio, lotta contro l'onnipotenza del principe, anche quando quest'ultimo non fa più appello all'origine soprannaturale dei suoi poteri, ma vuole essere soltanto il primo servitore dello stato, del quale riconosce pertanto il fondamento naturale, che resta alla fine l'unico possibile mentre quello soprannaturale naufraga nelle sue contraddizioni e nella sua improbabilità;

b) i fattori morali. Tali appaiono in origine l'amore per la libertà, l'orgoglio dell'uomo libero, l'entusiasmo per il mantenimento della libertà ottenuta, per la riconquista di quella perduta. Questi sentimenti e stati d'animo hanno sempre avuto nei movimenti e nei partiti orientati in senso democratico una grande importanza. Essi si volgevano contro i tiranni, chiamando dispotismo il sistema nel quale potere e servitù si fronteggiavano, allo scopo di condannarlo con quel nome. In questo senso, in particolare, i numerosi membri della stessa nobiltà

spirituale e temporale che si riconoscevano eguali nei diritti erano contro l'autocrazia di un solo uomo, che si elevava al di sopra di essi e che, nel migliore dei casi, potevano accettare come il primo fra eguali, cioè fra loro. Per converso, il monarca, contrastando questa pressione, cercava naturalmente di esercitare il proprio potere e di concedere la libertà ai sudditi di questi piccoli tiranni per condurli sotto l'unità delle proprie leggi, per governarli senza intermediari. A questo sforzo viene incontro la libertà della quale il cittadino ha bisogno e che difende, in quanto commerciante e uomo d'affari, come libertà individuale e come libertà civica, anche dopo che, per avventura, la libertà della città, alla quale si sente indissolubilmente legato, ha ceduto al potere di un sovrano. Questa libertà civica esige quanto meno una partecipazione comune al governo e un governo proprio delle corporazioni comunali come autogoverno. Essa si afferma come libertà e dominio della classe agiata, nella quale i possessori di denaro, di crediti, di mezzi di produzione emergono come i veri baroni, che ora si uniscono fra loro in una lotta continua contro i potenti storici che come signori feudali dominano sulle terre e sul popolo, ora si alleano con questi ultimi contro il popolo, la classe lavoratrice che diventa una massa sempre più grande e sempre più povera, il *proletariato* rurale o delle piccole città industriali e commerciali. Il grido di libertà che sempre e per natura è legato alla richiesta di eguaglianza — e ciò significa anzitutto eguaglianza dei cittadini con la nobiltà — prorompe di nuovo più forte come richiesta di eguali diritti elettorali in seno allo stato, di eguali possibilità di ascesa o di condizioni di libera concorrenza, infine di giustizia sociale come strada verso l'ideale distribuzione di beni e servizi secondo il lavoro e il merito e di una limitazione della proprietà privata dei beni di consumo e voluttuari e degli altri oggetti di reddito. Dalla libertà politica e, insieme, dalla propria forza organizzata e concentrata, il popolo o, quanto meno, quella parte di esso che tende a costituire la grande maggioranza, si sente chiamato e autorizzato a dibattere la questione sociale, sorta a causa delle

enormi e sempre crescenti disuguaglianze tra proprietari di mezzi di produzione e possessori della semplice forza-lavoro e di capacità intellettuali, e che si fa strada sempre più nella coscienza generale.

Per quanto riguarda le credenze religiose che anche oggi, in misura così elevata, danno colore alla coscienza morale, esse pure offrono elementi favorevoli alla democrazia: davanti alla maestà e all'altezza di un solo dio scema e sparisce la grandezza di tutti i dignitari in vista che tali siano stati: la comunità cultuale riunisce i molti che insieme avvertono e confessano la propria eguaglianza nella fragilità e nella impotenza. Ciò si esprime anche nel fatto che la *fratellanza* predicata dalla religione cristiana e dalle altre religioni rappresenta un'esigenza etica che s'incontra con i due postulati politici della grande rivoluzione; e tanto il fasto dei ricchi quanto la miseria dei poveri hanno da sempre offeso i sentimenti religiosi di fratellanza, per non dire dell'insensibilità di chi possiede, che spesso condanna i più piccoli meritevoli e virtuosi all'atrofia della personalità. I padri della Chiesa e i predicatori cristiani di tutti i tempi, insieme con i profeti ebrei, hanno spesso sposato la causa dei poveri e degli oppressi, e credenti di ogni tipo non hanno avuto timore di favorire ribellioni che avessero questo significato. E queste fiamme non si sono ancora spente.

Lo spirito femminile, l'indole femminile, nella quale il sentimento morale e il convincimento morale sogliono essere più sicuri e più fermi, può assumere nella politica interna e specialmente nella politica sociale una importanza rivoluzionaria in vista della realizzazione d'ideali etici o quanto meno dell'allargamento e dell'approfondimento dell'*idealismo etico*, e trasformare così la democrazia nella liberatrice della donna: tanto l'essenza della donna è stata sempre affine a quella del popolo.

B) I fattori sfavorevoli.

1. Tratto di nuovo per primi i fattori della vita sociale in generale, quale si esprime nel modo più immediato nelle situa-

zioni legate alla produzione e all'attività economica. In violento contrasto con l'eguaglianza dei diritti politici, essenziale alla forma di governo democratica, troviamo qui una grande diseguaglianza di mezzi finanziari, di patrimoni, di redditi, che aumenta proprio per effetto della libertà e della eguaglianza economiche: la ricchezza dei pochi si contrappone alla povertà o alla esigua partecipazione al possesso del patrimonio terriero e di ogni mezzo di acquisto del reddito diverso dalla capacità lavorativa e dalle doti naturali o acquisite. Ricchezza significa, nella sostanza, dominio sociale e quindi anche dominio politico. La plutocrazia si contrappone alla democrazia e la rende in buona parte illusoria. Ma da ciò segue pure che forma di governo democratica *significa* vittoria della massa sui pochi e quindi sulla plutocrazia, che gli sforzi per frenare, o addirittura eliminare, mediante quest'ultima forma di governo, il potere e gli effetti della democrazia incontrano necessariamente la sua resistenza e che in questa lotta la plutocrazia assalita si sforza di riguadagnare le posizioni perdute e di pararsi dalle conseguenze passando facilmente all'attacco, e si dispone quindi a distruggere la forma di governo ad essa antipatica. Questa le apparirà sopportabile solo finché essa riterrà di poter mantenere anzi di estendere il proprio dominio sociale al suo interno, di potere, in altre parole, dominare la stessa forma di governo.

2. I fattori politici. I fattori sfavorevoli derivano in parte proprio dal fatto che la plutocrazia agisce come fattore politico sia nel senso che nega questa forma di governo, sia nel senso che è in grado di neutralizzarne il significato; e forse la trova persino più utile per i propri scopi di altre forme di governo, nelle quali eventualmente il potere del denaro potrebbe essere contrastato con maggiori possibilità di successo da altre forze sociali. Perciò una difficoltà e un pericolo ancora più grandi per la forma di governo democratica stanno forse proprio nell'indole di gran parte della massa nullatenente, di cittadini e più ancora di cittadine: nella loro mancanza di autonomia,

nella loro volubilità, e quindi nella loro inaffidabilità rispetto ad ogni forma di governo, comporti questa per essi maggiori o minori diritti politici o non ne comporti affatto. Sotto questo aspetto, una scarsa maturità politica ostacola il successo e la stabilità della democrazia. Essa si manifesterà nel modo più vistoso particolarmente nel sesso femminile: non soltanto perché gli sono relativamente nuovi e insoliti l'uso dei diritti politici e quindi una coscienza e un interesse politici — si tratta proprio di un elemento nel quale la forma di governo democratica ha appena cominciato a completarsi — ma anche perché la natura femminile è meno portata al pensiero politico di quella maschile e più facilmente accessibile alle apparenze e alla persuasione. Ciò che però sotto questo aspetto è un ostacolo per la democrazia lo è pure sotto l'aspetto dei diritti politici dei giovani anche di sesso maschile, come tali di regola intellettualmente meno maturi sia sul piano politico che su altri piani.

È un dato di fatto che un grandissimo numero d'individui, in particolare di donne, si sentono più a proprio agio se vengono loro risparmiati il disturbo e il sentimento di responsabilità delle proprie decisioni, e ubbidiscono e si conformano più volentieri di quanto essi stessi o gli altri comandino. Questa generale debolezza è di ostacolo all'uso dei diritti politici, che la democrazia consente ed esige. La politicizzazione della donna, in particolare, è un esperimento ardito anche perché le donne nei loro *giudizi* si lasciano trasportare di più dai sentimenti e dalle passioni.

3. I fattori di natura morale-spirituale.

a) I fattori intellettuali. Come tali vengono in considerazione le vedute dotte e scientifiche sulla democrazia, formatesi e accumulatesi molto tempo prima che della moderna democrazia esistesse anche solo l'idea. Il mondo intellettuale dell'antichità classica ha esercitato un'influenza vasta e profonda anche e in modo affatto particolare in questo campo.

E sebbene o meglio siccome i grandi centri di cultura, in primo luogo quelli greci, sono divenuti comunità cittadine con costituzioni democratiche, purtuttavia le filosofie dominanti — che si sono prevalentemente sviluppate all'epoca della decadenza di queste comunità ed hanno oscurato le precedenti idee al punto che di esse sono giunte ai posteri solo dei frammenti — sono in prevalenza *sfavorevoli* alla democrazia e quindi assai premurose di porre in risalto i suoi difetti e le sue debolezze ed i pericoli di una sua degenerazione in oclocrazia. Prescindendo dalle altre influenze che sotto molteplici forme si sono estese alle opinioni dei nuovi secoli, il modo di concepire la politica proprio di questi ultimi, facendo seguito a quello del medioevo, è stato fondamentalmente dominato dalle dottrine ecclesiastico-religiose e quindi teologico-cristiane, che in un primo momento avevano dato all'Impero romano la consacrazione poi toccata alla monarchia. Come l'imperatore e il papa, il potere temporale e quello spirituale, l'*imperium* e il *sacerdotium*, la nobiltà e il clero, così il trono e l'altare vennero concepiti come forme di autorità che si sostenevano a vicenda, pur restando contestata la preponderanza giuridica o morale dell'una o dell'altra, finché nell'evo moderno si è imposto il predominio del potere temporale e della *monarchia* come suo più autorevole titolare. Di contro si levavano però, in parte col favore delle dottrine ecclesiastiche intese a preservare la derivazione soprannaturale della Chiesa, le teorie del diritto naturale: esse riconducevano la legittimità di ogni autorità al volere di coloro che la creano e che pertanto affidano ad una persona fisica o giuridica quei poteri di coercizione che spettano per natura agl'individui liberi e uguali per sé o anche eventualmente per i minori. Da un confronto e da un compromesso fra queste opinioni è poi derivata la preferenza sempre maggiore per una forma di governo mista, nella quale vengono per lo più lasciate alla monarchia, quanto meno formalmente, le tradizionali prerogative anche quando il loro contenuto si è già ridotto al minimo; e nella quale, attraverso il sistema bicamerale, aristocrazia e democrazia come rappre-

sentanza popolare sembrano armoniosamente associarsi con la monarchia. La forma effettiva obbedisce tanto più facilmente a tale schema in quanto esso sembra trovare il suo prototipo nella monarchia degli « stati » del tardo medioevo, che si protrae al di là di questo. La teoria predominante si adegua in prevalenza a quest'ordine espresso in forme pubblicistiche mediante costituzioni scritte, che vuole rendere giustizia a tutte le rivendicazioni tradizionali.

b) L'elemento morale. Incontriamo qui resistenze notevolissime, che si fanno valere ogni qualvolta a un diverso regime, in particolare a quello monarchico, si sostituisce la democrazia. La monarchia attira forti sentimenti come favorisce forti interessi. L'attaccamento alle *persone* viene superato in importanza dalla fedeltà all'*istituzione*, ad una dinastia — una fedeltà che è disposta ad offrontare ogni critica. Le prospettive di guerra allettano ed esaltano gli uomini e il militarismo è il terreno naturale della tradizione monarchica e della sua smania di onori. Ed è, in pari tempi, motivo di piacere e di ammirazione per le donne, attaccate al lustro e alla gloria dei soldati, anche se il loro cruento mestiere le inorridisce; ché anche l'orrore è spesso affascinante. L'elemento estetico le rende senz'altro propense sia alla monarchia che all'aristocrazia. Per contro, le donne colte hanno orrore delle masse, un orrore che si unisce al convincimento che solo le classi superiori siano capaci di gesta eroiche. Religione, sentimenti di timore e di rispetto, inducono a idolatrare persone di alto rango e in particolare i principi regnanti. Lo spirito femminile è sempre disposto a far questo, anche se non lo confessa. È la medesima attitudine che lo rende religioso.

Le difficoltà di formazione della democrazia sono evidenti e sono, nei vari stati, di varia natura. In Europa esistono ancora quasi dovunque resti di altre forme di governo che non possono essere eliminati senza forti resistenze. Anche fuori d'Europa, lottano ancora fra loro elementi federalistici ed elementi unitari dello stato; si controverte ancora animatamente se l'idea della democrazia giovi più agli uni che agli altri. Il

concetto di stato esige l'*unità*; e così pure la democrazia come compimento dello stato pone questa esigenza, anche se per motivi politici, in particolare economici, favorisce un decentramento dell'amministrazione.

Ora, se le condizioni e le ragioni sopra tratteggiate venissero comparativamente valutate, le prospettive di questo sviluppo potrebbero essere calcolate con uno scarso grado di sicurezza. Desideri e controdesideri, speranze e timori si mescolano troppo facilmente insieme e offuscano un limpido esame, una conoscenza obiettiva. Bisognerebbe in primo luogo esaminare in qual modo lo sviluppo prevalentemente liberale e razionalistico dell'economia politica, del diritto e di tutta la vita spirituale degli ultimi secoli ha consentito la formazione dello stato moderno e da circa la metà del XIX secolo ha preparato la via alla sua forma democratica, dopo che lo stato liberale, avviato come forma mista dall'assolutismo illuminato, era divenuto con la Rivoluzione la *forma politica adeguata* del sistema economico del capitalismo. La forma di governo democratica ha potuto perciò svilupparsi anche ai suoi inizi solo in connessione con importanti modifiche di questo schema, che si possono considerare a ragione come l'origine del suo declino. Se la democrazia moderna intende presentarsi come la forma adeguata di una costituzione sociale anticapitalistica, potrà — sia pure partendo ovunque dai dati dell'area liberale — affermarsi e ulteriormente svilupparsi solo lottando continuamente contro una ostinata tendenza verso la forma di governo *liberale*. Le idee proprie della forma di governo liberale persistono in effetti anche sotto l'involucro delle istituzioni democratiche. Queste creano in gran parte una *democrazia apparente*, per sua natura plutocratica, che nega e smentisce evidentemente l'idea di democrazia.

Orbene, le proposizioni che seguono partono dal presupposto che la democrazia *vuole* e *può* svilupparsi. Esse riguardano quindi il concetto normale (*Normalbegriff*) di democrazia, che nella sua essenza costituisce ciò che Max Weber ha chiamato con grande successo il « tipo ideale » (*Idealtypus*);

espressione nei cui riguardi devo solo osservare che il termine « ideale » reca in sé una connotazione che non vuole esserci. Preferisco quindi parlare di tipo concettuale (*ideeller Typus*) o, per l'appunto, di concetto normale, del quale esso deve indicare l'oggetto. Non saranno quindi espressi, in queste proposizioni, giudizi di valore o punti di vista personali sulla opportunità della sua forma costituzionale e politica ma una serie di deduzioni la cui esattezza dovrebbe essere riconosciuta anche da chi fosse portato a vedere, nell'attuazione di quell'idea, più un male che un bene. L'opinione che la democrazia va sempre in rovina perché attua il proprio principio fino alle estreme conseguenze ha in effetti una garanzia antica e autorevole. Si vuole alludere a quella sua « degenerazione » nel dominio di masse popolari rozze e ignoranti che *Polibio* per primo ha chiamato « oclocrazia ». Questo è certamente uno dei modi in cui ha fine la democrazia. Essa tuttavia può finire in altri modi; per l'intervento di forze esterne ma anche per suicidio, quando con libera decisione consente che un'altra forma di governo la sostituisca. Non condivido la distinzione di *Richard Thoma* (1) che, sulla base di un concetto empirico, contrappone il « democratismo » di conio radicale a quello di conio liberale e che trova la tendenza fondamentale del primo egualitaria e quella del secondo anti-egualitaria. Ciò corrisponde certamente all'*uso linguistico*. Per fondare il concetto normale ci si deve attenere al dato elementare che nella democrazia il potere supremo, la *sovranità* o volontà che decide in modo autoritativo, appartiene alla totalità dei cittadini concepita come corporazione e che a *questo* riguardo, in forza di autorizzazione politica e quindi nel campo del diritto pubblico, tutti gl'individui maggiorenni sono *eguali* come nello stato liberale *quasi tutti* lo sono « davanti alla legge » e quindi nel campo del diritto privato o del diritto penale. Il professor Thoma nega che

---

(1) *Erinnerungsgabe für Max Weber*, II, 337 ss.: *Der Begriff der Demokratie ecc.*

la democrazia sia « semplicemente » una c.d. forma di governo accanto alle altre e sostiene che potrebbe piuttosto assumere la forma di governo della monarchia parlamentare o le più disparate forme di governo repubblicane e perfino quella del cesarismo, finché solo *in via di fatto* il potere del demagogo che governa dipende ancora in modo determinante dal plebiscito e non riposa su se stesso (per esempio, mediante la disponibilità di un esercito fedele). Io ritengo invece fermamente che la democrazia sia, secondo il suo concetto normale, una forma di governo legale che può certamente combinarsi con altre forme di governo ma che si distingue per natura da tutte le altre, anche da quelle miste. Certo, *in via di fatto*, all'interno di *ogni* forma il contenuto può atteggiarsi diversamente, come con classiche parole Tucidide dice a proposito di Pericle e ognuno sa che la plutocrazia si fa valere in ogni forma di governo. Finché però, *in via di fatto*, il potere di un dittatore dipende dal plebiscito, il cesarismo non esiste come *forma di governo*; può esistere come fatto se dipende ancora solo *giuridicamente* e si è reso indipendente in via di fatto. Se anche pertanto da forma rivoluzionaria o da colpo di stato diviene forma giuridica, ciò dipende dal fatto che voglia e possa riuscirvi, che cioè, in definitiva, il popolo rinunci alla *propria sovranità* e la ceda al suo Cesare.

1. È carattere essenziale della democrazia quello di portare a compimento lo sviluppo dello stato moderno.

Carattere essenziale dello stato moderno è la sua razionalità, la quale si esprime in ciò che, *in primo luogo*, il suo potere vuole e dev'essere assolutamente impersonale e quindi obiettivo; che, *in secondo luogo*, esclude al suo interno ogni potere personale, che non venga esercitato in nome e per conto dello stato o non sia da questo almeno approvato; che, *in terzo luogo*, le facoltà dello stato, per natura illimitate, e quindi il suo potere, vogliono riposare esclusivamente su una volontà espressa in modo formale e generale, cioè sulle leggi, e che solo in questo caso sono legali.

Questa natura giunge a compimento nella democrazia [2], la quale da sempre ha mirato a far sì che il potere di quella che è l'astrazione « stato » non si richiami ad un'origine soprannaturale né ad una convalidazione religiosa ma possa trovare e abbia effettivamente una base naturale e quindi razionale solo nel consenso e, in definitiva, nella volontà razionale degli stessi soggetti dominati. In questo senso, una dipendenza del governo dalla volontà del popolo esiste potenzialmente anche nella monarchia assoluta, se questa si riconosce derivata e sostenuta dalla volontà del popolo (in verità c'è anche un richiamo alla grazia di Dio); ciò trova la sua formale espressione nel cesarismo come costituzione, ma può avvenire anche nella monarchia legittima ed ereditaria in quanto il monarca si riconosca servitore dell'idea di stato e riconosca la radice del suo potere nelle intese contrattuali degl'individui. Per questo motivo, il primo teorico classico dello stato moderno, *Thomas Hobbes*, nella primissima formulazione della sua dottrina, chiamò democrazia la forma originaria dello stato; e nell'ultima, ad ogni possibile forma di governo fa precedere, come costituente, l'assemblea generale nata dell'accordo. *Rousseau* ha modificato quest'idea solo nel senso che per lui una tale assemblea — che oggi chiameremmo assemblea nazionale costituente — continua potenzialmente a sussistere, e si rinnova quindi a piacere, all'*interno* di qualunque forma di governo, e ciò è stato chiamato a ragione un perpetuarsi della rivoluzione. *Hobbes*, invece, in linea concettuale e di principio, vuole escludere la rivoluzione dal *concetto giuridico* di stato, e ciò è senz'altro ritenuto più coerente. Il compimento dell'idea di stato nella democrazia si manifesta senz'altro anche nel fatto che in essa l'assemblea nazionale resta potenzialmente attiva come organo che può, all'occorrenza, modificare la costituzione nelle forme del plebiscito o *referendum*, salvo che la costituzione espressamente subordini ogni modifica alla maggio-

---

(2) Per Spinoza essa è « *tertium et omnino absolutum imperium* ».

ranza qualificata di un corpo che governa in nome di tutto il popolo. Una *diversa* modifica della costituzione, non diversamente per esempio dall'abolizione della monarchia, dov'essa è incostituzionale, sarebbe certamente illegale o rivoluzionaria.

Dal compimento del concetto di stato deriva anche che — nella misura in cui la durata della situazione di pace fra gli stati resta incerta — la democrazia, in ogni forma di stato, deve preoccuparsi del proprio *potenziale militare*, nel senso della difesa del paese. Ciò non esclude che l'ordinamento militare, anche quando eventualmente dovesse trattarsi di una milizia popolare «a disposizione» invece che di un esercito regolare, venga riformato in senso democratico, pur dovendo restare nelle sue forme, anzi nelle sue caratteristiche, aristocratico e perfino monarchico. Qui può trovare applicazione la regola generale che la democrazia come *compimento* dello stato sostanzialmente *accoglierà* e per ciò stesso *annullerà* in sé ogni precedente forma aristocratica, specie se ad essa contraria; e questo in linea generale significa che, nello stato democratico, ogni aristocrazia è possibile, e lo è anche in grado elevato — che risponde, cioè, più che bene all'idea di democrazia — a patto che non solo all'esterno si subordini incondizionatamente allo stato o alla democrazia e quindi alla volontà del popolo, ma resti anche sempre e del tutto consapevole di essere internamente condizionata dal popolo, dal suo spirito, dalla sua vita.

Un effetto necessario del compimento dell'idea di stato nella costituzione è poi la *separazione dello stato dalla chiesa*. Questa è in pari tempo conseguenza del principio della più ampia libertà spirituale, alla quale la democrazia si oppone, in nome dello stato, solo quando essa si dimostri, in modo accertabile in sede giudiziaria, pericolosa per la sicurezza dello stato e, in particolare, nociva per la pubblica moralità. Da idee e istituzioni storicamente sperimentate ci si può aspettare questo solo in quanto esse vengano a cozzare violentemente con vedute e principi più giovani ma per loro natura forti e ben consolidati e non possano o non vogliano conformarsi ad essi nella

misura che la *ratio status* inesorabilmente richiede, ove questa si lasci guidare da tali vedute e principi.

Ogni forma di coartazione delle coscienze, che è in sé immorale e quindi precaria sarà impedita anche a queste istituzioni e idee sperimentate. Se la democrazia osa proporsi come fine ideale quello di creare lo «stato migliore», assumerà in proprio il compito importantissimo di promuovere il *bene* alla luce della conoscenza e quindi nel significato conferitogli da *Platone* e da *Spinoza*, mediante l'educazione e l'istruzione pubbliche, ma anche e in modo ancor più immediato con un'azione intensa nel campo della sanità e dell'integrità delle famiglie e delle condizioni igieniche ed etiche della vita in comune; e si sforzerà quindi di rimuovere e superare gli enormi ostacoli che a tale sviluppo frappongono le circostanze della vita sociale. La democrazia tenterà allora di ricavare dallo stato sociale uno stato comunitario, una comunità del tipo che Hegel ha descritto come realizzazione dell'idea etica, quasi fosse un dato dell'esperienza e non appartenesse invece ad un futuro senza fine. Ciò però non esclude affatto che ci si debba comportare in conseguenza, se si riconosce e si ha di mira un'attività etica dello stato.

2. La democrazia è in grado di portare a compimento il concetto di stato solo regolando definitivamente il rapporto tra stato e società a favore della superiorità dello stato; si deve cioè sforzare di risolvere la questione sociale entro i limiti consentiti dall'attività dello stato.

3. Il nocciolo di questo problema è la questione della proprietà. Lo stato democratico non ha, al pari dello stato liberale, il compito di mantenere la proprietà privata, comunque distribuita o acquistata, ma, di tutta la proprietà terriera e delle sue ricchezze e così pure del restante capitale reale, deve riservare a se stesso quel tanto che gli è necessario per adempiere le sue funzioni e, per il resto, deve controllare e indirizzare la distri-

buzione di questi beni, anche dei beni da reddito, nel modo rispondente alla massima: *salus publica suprema lex esto.*

4. Lo stato democratico è quindi uno stato assoluto. In esso perciò la volontà statale dev'essere affatto unitaria e questa unitarietà è data dal principio della sovranità popolare, anche se questo principio può essere attuato in modo permanente solo mediante organi delegati (come democrazia indiretta).

5. Il giusto ordinamento di questa rappresentanza popolare e il mantenimento della sua dipendenza dalla sovranità del popolo sono questioni vitali per la democrazia come forma di governo.

La strutturazione del diritto di voto sia attivo che passivo, è, di conseguenza, una questione di grande importanza. Non si capisce perché l'idea democratica debba postulare una capacità il più possibile giovanile di decidere il destino politico. Molto più aderente sarebbe introdurre una più lunga preparazione, anche delle persone adulte, attraverso un sistematico insegnamento politico, in modo che, per il fatto di essere lo scopo di una tale preparazione, il diritto di cittadinanza guadagnasse in dignità ed importanza. D'altra parte, sembra meritevole di esame la questione se i minori, come nei rapporti civilistici sono rappresentati dai genitori o dai tutori, non debbano essere anche capaci di diritti pubblici subiettivi ed egualmente rappresentabili sotto questo riguardo. Non sarebbe certamente compatibile con ciò escludere dal diritto di voto uomini e donne maturi o comunque maggiorenni ma si potrebbe forse trattare il loro diritto di voto come unità, in modo che ai minori spettasse una frazione e ai padri o alle madri o agli altri tutori un multiplo di questa frazione. Appare assai difficile condizionare l'*eleggibilità* con limiti diversi dall'età: tanto più è opportuno che questi ultimi, a seconda del tipo di ufficio da ricoprire, non siano troppo bassi. L'*obbligo* di votare non viene giustamente dedotto dall'essenza della democrazia. Coloro che non votano possono a buon diritto essere giudicati come non

interessati all'esito della votazione. Costringerli a votare con la forza significa sminuire la generale libertà del voto e accrescere gli elementi da lasciare in preda ad una appassionata agitazione.

6. Il popolo, per non esprimere una volontà solo formalmente unitaria, dev'essere quanto più possibile ricco di volontà e di ragione comuni. Questa volontà e questa ragione comuni approveranno in primo luogo esse stesse la forma di governo democratica incondizionatamente. La democrazia non può avere una effettiva intima esistenza finché una parte notevole o addirittura la maggioranza dei cittadini desidera e favorisce segretamente o in modo aperto un'altra forma di governo.

7. Una democrazia viva eleggerà il proprio governo nel modo più immediato possibile. Quest'atto di elezione ha, per sua natura, il significato di un atto statale unitario. Questo non può essere realizzato mediante l'attività del c.d. collegio elettorale o di una parte del popolo comunque smembrata ma solo dal popolo nella sua unità e totalità. È qui inevitabile che decida il popolo stesso, in modo da creare in ogni caso un governo il più possibile omogeneo e unitario. Quando pertanto una elezione non dà alcuna maggioranza per una lista, ad esempio, di 15 ministri da chiamare al governo, deve aver luogo un'elezione più ristretta fra le due liste più favorite. L'elezione ristretta può essere annunziata in anticipo.

8. Un popolo che sia conscio di sé e si voglia reggere da solo deve riconoscere che anche un corpo di governanti che piaccia poco a larghe minoranze o che addirittura disponga di una limitata maggioranza, è migliore di un governo lacerato da profondi contrasti interni e quindi incapace di volere e di agire in modo collettivo unitario.

9. Il governo è responsabile e in quanto democratico resterà continuamente conscio della propria responsabilità. Allo scopo di controllarlo, la democrazia istituirà un'autorità per-

manente che potrà opportunamente fungere da tramite costante tra il governo e la volontà del popolo, comunque espressa. Quest'autorità costituirà in sé un tribunale che, in analogia con il supremo tribunale amministrativo, potrebbe configurarsi come un supremo tribunale di governo o una corte costituzionale con competenza allargata.

10. Conformemente all'idea di democrazia, anche l'*eforato*, come possiamo chiamare l'organo di controllo, dev'essere eletto unitariamente dal popolo sovrano. Non contraddice affatto quest'idea, comunque, che il popolo si dia regole particolari che renda poi obbligatorie come requisiti d'idoneità per tale elezione. A questo proposito, sarebbe particolarmente importante il requisito dell'età: che venisse, per esempio, richiesto il superamento del 45° anno.

L'organo potrebbe risultare composto da persone appartenenti a categorie professionali e a consorzi di comuni in modo tale che solo ad essi spettasse il diritto di presentazione e quindi la formazione di valide liste. Sarebbe poi opportuno che i membri di quest'organo fossero aggregati per professioni e andrebbero richiesti, quale indispensabile presupposto, studi politici e una dimostrata esperienza politica e così pure lo studio completo e una comprovata conoscenza del diritto pubblico da parte di tutti i membri e non solo di quelli giudiziari. Compito dell'eforato sarebbe così non tanto quello di agire quanto quello di criticare. Ad esso quindi, e cioè ad una sua sezione, sarebbe subordinata anche la *pubblicistica ufficiale*, che con rigore scientifico e scrupolosità dovrebbe competere col giornalismo libero, al quale sarebbe incondizionatamente superiore per il totale distacco da interessi capitalistici di profitto o anche da interessi di classe e di partito di carattere ideologico. La verità sarebbe il suo unico ideale come lo è per la ricerca scientifica.

11. Questo sistema di governo non è affatto parlamentarismo. Il parlamentarismo, scaturito dal governo dei ceti pro-

fessionali e quindi dall'originario stato dualistico, risponde all'idea liberale, non a quella democratica. Esso concepisce il popolo come molteplicità e non come unità. Neppure un popolo di molti milioni d'individui ha alcun motivo per istituire un governo di centinaia di persone e che come tale non è in grado di governare, sicché difficilmente recherà il segno dell'omogeneità e quindi di un modo di sentire unitario.

12. Un parlamento numeroso può essere tuttavia molto utile per un governo democratico, proprio perché rappresenta il popolo nella sua *molteplicità*, nei suoi interessi contrastanti, nelle richieste e doglianze. Qui la rappresentanza delle minoranze appare indispensabile, ma basterebbe all'incirca un rappresentante per ogni mezzo milione di suffragi. L'idea democratica non solo consentirà ma anche raccomanderà che tutte le leggi e, insieme con esse, i principi informatori dell'amministrazione e della giustizia, siano deliberati da un tale parlamento se e quante volte la necessità di agire ne lascia il tempo. L'approvazione del parlamento sarebbe così poco necessaria come condizione di validità giuridica delle leggi quanto lo è per i regolamenti.

13. Il popolo si regge dunque per mezzo del governo da esso istituito, il quale, oltre ad essere l'organo statale cui è delegata la volontà sovrana del popolo, non ha alcun mandato; ed è per sua natura durevole, anche se gl'individui che lo formano cambiano e devono essere sostituiti ogni volta che cessano di farne parte per morte o destituzione.

14. La destituzione può aver luogo in ogni tempo, ad opera dell'eforato costituito come corte di giustizia. Dovrebbe essere consentito un appello alla pronuncia immediata del popolo. Verosimilmente sarebbe anche opportuno, come avviene di solito per molti organi, un periodico rinnovo parziale e quindi il successivo venir meno, per esempio, di un quarto dei membri ogni volta.

15. Entro questi limiti e termini, il governo dell'organo che rappresenta la sovranità, sarebbe, secondo l'essenza dello stato democratico, tanto assoluto quanto quello di un re o sovrano assoluti. Secondo il concetto, sarebbe anche logicamente possibile che il popolo sovrano eleggesse uno di questi ultimi, riservandosi il potere di controllo e di sostituzione. Una tale elezione contrasta però con l'idea fondamentale della democrazia, poiché viene a porre un singolo uomo troppo al di sopra del popolo e racchiude così il pericolo di un passaggio alla forma monarchica e persino monarchico-ereditaria.

16. Con l'elezione di un governo di circa quindici membri è anche possibile il passaggio dalla forma di governo democratica a quella aristocratica, sia mediante la concreta usurpazione con un colpo di stato sia mediante una legale deliberazione della totalità del popolo ancora sovrano. Senonché, per ciò che riguarda il primo pericolo, sarebbe *assai più difficile* controllare un singolo individuo, la sua ambizione, la sua sete di potere e così pure frenarne la popolarità anziché un organo collegiale, il cui presidente, anche secondo la legge fondamentale, dovrebbe essere cambiato all'incirca ogni anno o con frequente periodicità. Un certo controllo vi sarebbe anche nella sfiducia reciproca che, se non rende impossibile, in linea di fatto, il predominio di uno o più membri, lo rende certamente improbabile.

17. In questo sistema, la divisione dei poteri sarebbe per principio eliminata a favore dell'unità dello stato, che è solo un'espressione dell'unità del popolo. Ciò non esclude che essa venga mantenuta sul piano pratico, e che quindi le funzioni in forza delle quali l'organo di governo rappresenta la massima istanza legislativa, amministrativa e giudiziaria, siano rigorosamente separate in sede organizzativa. Kelsen ha chiaramente riconosciuto che il principio della separazione dei poteri è antidemocratico.

18. Per essere forte, un governo democratico dev'essere indipendente dal punto di vista finanziario. Ciò non si riferisce alla retribuzione dei suoi membri, la quale, al pari di quella dei membri dell'eforato, può essere disciplinata, in armonia con la costituzione, come quella degli altri più elevati funzionari. Si riferisce piuttosto alle finanze dello stato. Lo stato liberale era concepito e voluto povero e non legato all'applicazione delle imposte. Lo stato democratico, come *Goldscheid* ha egregiamente affermato, dev'essere o diventare ricco. Si richiamano a questo proposito le proposizioni 2 e 3.

19. Una costituzione di questo tipo presuppone un'educazione politica generale elevata. Essa riposa quindi sul compimento di ciò che *Michels* ha presentato come tendenza esistente in ogni partito democraticamente orientato o democraticamente organizzato. In quanto la subordinazione volontaria è anche risultato di un'educazione politica ed etica, come la volontaria autolimitazione e l'integrità dei governanti, questi ultimi devono, in nome e nell'interesse di tutto il popolo che vuole la democrazia, mirare principalmente al progresso dell'educazione etica e politica.

L'educazione etica è, per la *coscienza* democratica come forma del sostrato occorrente alla forma di governo, ancor più necessaria di quella politica. È questo il significato profondo della formula di *Montesquieu*, per la quale il principio della democrazia è la *virtù*.

20. Una vera educazione del popolo presuppone, d'altra parte, una vasta e profonda riforma delle basi economiche della vita sociale. Senza un progresso continuo in questo senso, la democrazia non potrebbe certamente durare.

INDICE

		pag.
Presentazione di Paolo Petta		VII
I.	La democrazia	1
II.	Forme di governo e concezioni del mondo	37
III.	La democrazia nell'amministrazione	61
IV.	La dottrina dei tre poteri o funzioni dello stato	77
V.	Giurisdizione e amministrazione	121
VI.	Sulla teoria dell'interpretazione	157
VII.	Il problema del parlamentarismo	171

APPENDICE

F. Tönnies, La democrazia		207

UNIVERSIDAD
AUTONOMA DE
MADRID
FC. DE DERECHO
BIBLIOTECA